

PARISBABYARBITRATION
BIBERON



EDITION SPECIALE
28 mars - 1 avril 2022

TABLE DES MATIÈRES

LUNDI

P.7 Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle : Affaires d'États : Considérations pratiques pour la défense des États en arbitrage international

MARDI

P.10 Jones Day : Corruption et changement climatique : comment les différents systèmes juridiques s'adaptent-ils ?

P.12 Hogan Lovells : Arbitrage international : les mécanismes de persuasion et la manière dont les décisions sont prises

MERCREDI

P.16 DS Avocats : Chine, Hong Kong, Singapour : quelles nouveautés pour l'arbitrage en Asie ?

P.19 Jeantet : La norme de traitement juste et équitable: mise à jour et perspectives

P.21 Kroll : Le devoir de bonne foi dans les contrats de construction et les tendances actuelles en arbitrage de construction

P.23 Freshfield Bruckhaus Deringer : Fast&Furious : les meilleures pratiques en matière d'arbitrage du point de vue des juristes d'entreprise

P.25 Reed Smith/AfricArb : L'arbitrage en Afrique de l'Ouest et du Nord : perspectives institutionnelles et développements juridiques

P.27 BVI International Arbitration Centre /Energy Disputes Arbitration Center : Différends énergétiques dans les Caraïbes : passé, présent et futur

P.29 Paris Place d'Arbitrage : Le contrôle des sentences arbitrales par la chambre internationale de la Cour d'appel de Paris

JEUDI

P.32 Fieldfisher : Les défis du financement des arbitrages relatifs aux traités d'investissement

P.34 Three Crowns : Arbitrage et énergies renouvelables

P.37 Obeid & Partners/Delos Dispute Resolution : La nouvelle voie : comment construire une carrière réussie en arbitrage international

P.39 Debevoise & Plimpton : La nouvelle course à l'espace : risques et opportunités

P.40 Société de Législation Comparée : Comparaison des méthodes d'évaluation du préjudice

VENDREDI

P.44 AFDCI : Délais de forclusion dans les contrats de construction : Droit Civil vs Common Law

P.46 Brown Rudnick : L'arbitrage en matière de Blockchain et la résolution des conflits en relation avec la cryptomonnaie

P.48 Castineira Law: La proposition de Directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité : un éventail de litiges en constante expansion ?

ÉQUIPE DE RÉDACTION



Bénédicte Marquise



Dani Habel

Chers fidèles lecteurs du Biberon et nouveaux arrivants,

Nous avons le grand plaisir et l'honneur de vous présenter la deuxième édition spéciale de notre "Biberon" centrée sur la *Paris Arbitration Week* (PAW). En effet, pour la deuxième année consécutive, nous nous sommes associés au Comité d'organisation de la PAW pour produire des résumés de conférences organisées lors de l'édition 2022 de la PAW.

Cette année, 18 séminaires ont été couverts, abordant des sujets variés et d'actualité en matière d'arbitrage international, avec l'aide de nos 24 reporters.

Nous tenons à exprimer nos sincères remerciements à Marily Paralika et Claire Pauly de l'équipe Marketing du Comité d'organisation, avec qui ce fut un réel plaisir de travailler. Nous tenons également à remercier les cabinets et les entreprises qui nous ont permis de couvrir leurs séminaires, ainsi que tous nos reporters pour leur travail.

Nous espérons sincèrement que vous prendrez plaisir à lire cette édition spéciale de notre newsletter, et n'hésitez pas à nous suivre sur nos réseaux sociaux pour être informés de tous nos projets futurs.

Sincèrement vôtre,

Bénédicte Marquise
Paris Baby Arbitration

CONTRIBUTEURS ET CONTRIBUTRICES



Alice Astore



Estelle Boucly



Léa Boudissa



Corentin Boyssou



Eden Chua



Laura Coriddi



Seda Dundar



Arubalueze Elizabeth
EBELECHUKWU



Nour El Ghadban



Yasmine Gilbert-
Sastre



Elisa-Marie
Goubeau



Fayez Hallani



Anna Isernia
Dahlgren



Ludovica Ludovici



Sanam Pouyan



Julia Puy i Canut



Aysha Saleh



Colombe Sée



Utkarsha Srivastava



Gökberk Tekin



Jannis Tiede



Marilena Tsiantou



Yanina Vlasenko



Aurélien Weickert



LUNDI

AFFAIRES D'ÉTATS : CONSIDERATIONS PRATIQUES POUR LA DEFENSE DES ÉTATS EN ARBITRAGE INTERNATIONAL

Par Sanam Pouyan et Renaud Grenier

Lundi 28 mars 2022, premier jour de la 6^{ème} Semaine de l'Arbitrage de Paris, le cabinet Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle ("Curtis") a accueilli un séminaire introduit par Geoffroy LYONNET (Associé chez Curtis) sur les défis à considérer lors de la défense d'États en arbitrage international. Le panel, modéré par Simon BATIFORT (Associé chez Curtis), était composé de Marie-Claire ARGAC (Associée chez Curtis), Jaroslav KUDRNA (Chef de l'Unité d'arbitrage international et de protection des investissements, Ministère des Finances de la République tchèque), Claudia Salgado LEVY (Directrice nationale du contentieux et de l'arbitrage international, Bureau du Procureur Général de l'Équateur) et Jeremy SHARPE (Arbitre indépendant, anciennement Chef de l'unité en charge des arbitrages d'investissement au sein du Bureau du conseiller juridique du Département d'État des États-Unis d'Amérique).

En guise d'introduction, Mr. BATIFORT a évoqué l'augmentation des cas de règlement des différends entre investisseurs et États ("*ISDS*" – Investor-State Dispute Settlement) ces trois dernières décennies, résultant à la fois de l'avènement des Accords Internationaux d'Investissement ("AII") et des Tiers Financeurs ("TF").

La parole fût d'abord donnée à M. Jeremy SHARPE. Selon M. SHARPE, l'un des principaux défis posés par le système *ISDS*, par opposition par exemple au système de l'OMC, tient à son manque d'institutionnalisation, que ce soit au niveau international ou au niveau national. À l'échelle internationale, M. SHARPE a affirmé que la non-institutionnalisation du système *ISDS* était notamment due à l'absence d'un ensemble de règles applicables à l'ensemble des États. Comme l'a souligné M. Sharpe, le manque d'institutionnalisation est non seulement un défi structurel en lui-même, mais c'est également la source d'autres défis.

La parole a ensuite été donnée au Dr. Claudia Salgado LEVY. Le Dr. Salgado LEVY, dont les opinions ne doivent pas être attribuées à celles de la République d'Équateur ("Équateur"), a commencé par quelques remarques préliminaires sur l'expérience de l'Équateur en matière d'*ISDS*. Depuis les années 2000, l'Équateur a fait face à environ 30 cas d'arbitrage d'investissement et 25 affaires d'arbitrage commercial. Au début des années 2000, l'Équateur ne disposait pas d'une entité étatique spécifiquement chargée de traiter des demandes portant sur les différends opposant les investisseurs aux États. Souvent, les investisseurs ne savaient même pas à qui s'adresser pour signaler le différend. Dr. Salgado LEVY a souligné le manque de familiarité de l'Équateur avec le système *ISDS* et s'est notamment référée à l'importance du choix d'un conseil spécialisé pour illustrer son propos. Aujourd'hui, l'Équateur s'est bien familiarisé avec le système *ISDS*. Le Bureau du Procureur Général comprend désormais une unité employant 12 personnes gérant les procédures d'arbitrage d'investissement, en collaboration avec des cabinets d'avocats externes et des conseils locaux.

Le Dr. Jaroslav KUDRNA a ensuite été appelé à contribuer à la discussion. En guise d'introduction, le Dr. KUDRNA, dont les opinions n'engagent pas la République tchèque, a souligné quelques difficultés d'ordre général. De manière générale, le Dr. KUDRNA a évoqué le fait que les notifications de différends contiennent souvent des informations limitées pour les États, l'absence d'informations suffisantes pour entamer des négociations, et le fait que les États reçoivent de nombreuses notifications de différends qui ne se transforment pas, *in fine*, en de véritables requêtes arbitrales. Le Dr. KUDRNA a ensuite abordé plusieurs défis spécifiques de manière plus approfondie.

Le premier défi auquel sont confrontés les États dans les procédures arbitrales relève de la phase de demande de production de documents. Souvent, les investisseurs déposent des requêtes arbitrales en lien avec des événements factuels datant de plusieurs décennies en raison de l'absence de règle de prescription dans les AII. L'ère de la numérisation des dossiers et documents officiels étant relativement récente, le processus de consultation des archives ministérielles peut constituer une difficulté à la fois matérielle et temporelle. En outre, les documents demandés peuvent

avoir été détruits. Aussi, le Dr. KUDRNA a souligné que, contrairement aux croyances des investisseurs, les différents organes de l'État ont généralement un accès limité les uns aux autres.

Le deuxième défi auquel sont confrontés les États dans les procédures arbitrales relève des demandes au titre de la liberté d'information. Enfin, le Dr. KUDRNA a mentionné qu'une transparence accrue pouvait conduire les fonctionnaires à refuser de témoigner s'ils savent que leurs témoignages seront publiquement retransmis, au détriment de la défense juridique de l'État concerné. À l'inverse, les témoins dans la sphère privée, souvent employés de l'entreprise demanderesse, peuvent être encouragés à faire témoigner.

Le Dr. Salgado LEVY a été la deuxième intervenante à énumérer ce qui, selon elle, constitue des défis auxquels les États sont confrontés dans le système *ISDS*. Le Dr. Salgado LEVY s'est principalement référée à 3 défis.

Le premier défi est lié aux demandes abusives qui, selon elle, ont augmenté avec l'avènement des TF. Le Dr. Salgado LEVY a déploré les procédures abusives mises en place par les investisseurs qui s'engagent fréquemment dans des procédures et/ou des arbitrages parallèles. Par exemple, le Dr. Salgado LEVY a affirmé que l'Équateur avait reçu 27 notifications de différends au moment même où ce dernier dénonçait ses traités bilatéraux d'investissement.

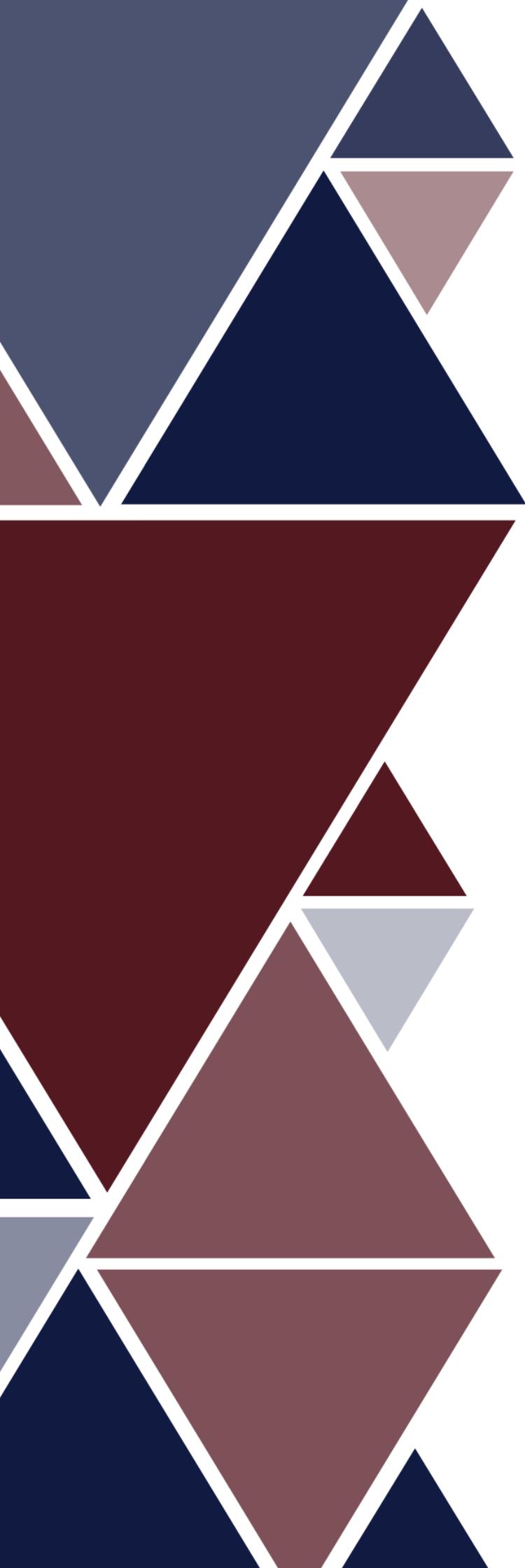
Le deuxième défi est lié au manque de coordination entre les entités étatiques ainsi qu'à la difficulté de présenter des fonctionnaires comme témoins. Ce constat rejoignant ainsi celui observé préalablement par le Dr. KUDRNA.

Le troisième défi est lié au manque d'arbitres et à la possibilité pour un État d'être confronté au même arbitre dans deux affaires différentes. En effet, si un arbitre estime que l'Équateur a fait preuve de déni de justice dans une affaire, il est alors fort probable qu'il tire la même conclusion dans une autre.

Mme Marie-Claire ARGAC a ensuite fait remarquer que certains défis inhérents à la nature même de l'*ISDS* peuvent être atténués par un recours avisé à un conseil extérieur, au plus tôt dans la procédure. Ces défis découlent tout d'abord du délai très court pour la composition du tribunal, qui peut avoir des conséquences importantes pour la suite de la procédure. Deuxièmement, l'asymétrie d'information et de préparation entre les demandeurs, qui ont possiblement passé des mois voire des années à élaborer leur stratégie, et l'État défendeur qui, souvent, ne prend réellement connaissance des spécificités des demandes que dans les mémoires sur le fond du litige, crée une disparité qui peut aller jusqu'à entraver l'exercice de certains droits, tels que la demande de rejet précoce des demandes « manifestement dénuée de fondement juridique » en vertu du Règlement d'arbitrage du CIRDI. Enfin, en écho aux propos tenus précédemment, Mme ARGAC a décrit le difficile exercice de collecte des preuves par l'État.

Obtenir des conseils juridiques spécialisés dès que possible et à chaque étape du processus est la première des cinq recommandations de Mme ARGAC aux États. Bien entendu, ces conseils doivent être soigneusement sélectionnés en fonction de leur expérience et de leur sensibilité aux intérêts des États. Il est également important d'être attentif pendant la phase précontentieuse, tout en essayant de jauger le sérieux des revendications. L'avocat retenu doit ensuite bénéficier d'un accès facilité aux preuves et aux éventuels témoins afin d'élaborer une stratégie de défense efficace. Enfin, Mme ARGAC a adressé une recommandation aux investisseurs, tribunaux et institutions arbitrales soulignant que la tendance actuelle à favoriser la célérité en arbitrage international ne devait pas s'inscrire au détriment de la capacité pour l'État de se défendre efficacement.

La Semaine de l'Arbitrage de Paris étant, après tout, une rencontre de praticiens, il a été demandé au Dr. KUDRNA d'exposer les valeurs sinon les qualités que recherchent les États chez leurs conseils externes. En République tchèque, le bureau d'arbitrage présélectionne 5 cabinets d'avocats présentant des profils différents en fonction des spécificités de l'affaire et procède à un appel d'offres. L'État s'intéresse particulièrement à l'expérience, la compréhension des besoins et des problématiques étatiques, les capacités d'argumentation reflétant à la fois confiance et humilité, et enfin l'adaptabilité de leurs conseils. Il s'agit d'une véritable collaboration plutôt que d'une prestation de la part du cabinet. De plus, les États doivent avoir confiance dans le fait que les avocats se soucient de l'affaire et de l'État, ce qui peut être démontré à travers le maintien d'une bonne relation avec le client ou en permettant aux fonctionnaires de l'État de s'entraîner à la rédaction, par exemple. Enfin, une capacité à gérer les coûts et à orienter les efforts vers ce qui importe réellement est appréciable.



MARDI

CORRUPTION ET CHANGEMENT CLIMATIQUE : COMMENT LES DIFFÉRENTS SYSTÈMES JURIDIQUES S'ADAPTENT-ILS ?

Par Yasmine Gilbert-Sastre

Jones Day a organisé le mardi 19 mars 2022 un séminaire sur le thème de la conformité, à savoir « Corruption et changement climatique : comment les différents systèmes juridiques s'adaptent-ils ? » Le premier panel, portant sur la corruption, était modéré par Claire Pauly et composé des professeurs Mathias Audit et Marie-Anne Frison Roche.

Le professeur Audit a expliqué qu'il existe un large consensus dans la communauté de l'arbitrage pour interdire toute infraction pénale liée tant à l'arbitrage commercial international qu'à l'arbitrage international d'investissement. Avant la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales adoptée par l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) en 1999 et la Convention des Nations Unies contre la corruption (Convention de Mérida) de 2003, la communauté internationale ne s'était pas montrée préoccupée par cette question.

Pour lutter contre la corruption, les arbitres ont dû créer un nouveau système. N'étant pas des procureurs, ils ont dû se fonder sur le système des signaux d'alerte (*red flags*), prenant ainsi en compte des éléments tels que la rémunération, la proportion entre le travail et la rémunération, ou encore des signaux d'alarme macro-économiques. De nouvelles règles donnent des outils pour lutter contre la corruption, comme les « Règles pour combattre la corruption établies » par la Chambre de commerce internationale (CCI) et le « Guide pratique pour une action collective contre la corruption » rédigé par le *Basel Institute of Governance*. Dès lors, la corruption est habituellement déterminée par un système spécifique fondé sur les *red flags* fournis par les guides des institutions.

L'enjeu principal en matière de corruption est de fournir la preuve, en raison de la diversité des normes juridiques et des standards applicables en la matière. Cependant, une qualification de « corruption » ne doit pas être prise à la légère car elle peut entraîner de graves répercussions à la suite du prononcé de la sentence.

Le rôle des règles de compliance dans la procédure a également fait partie de la discussion. Le professeur Audit a ajouté que l'obligation de compliance et donc de non-corruption doit figurer dans le contrat ou dans la loi régissant les obligations car elle ne « tombe pas du ciel ».

A ce sujet, le professeur Frison-Roche a précisé la différence entre le droit pénal et les règles de conformité. Le droit de la conformité oblige les grandes entreprises à changer, à savoir mettre à jour le système économique. Il ne s'agit donc pas du même objectif que le droit pénal, lequel vise à prévenir le crime et concerne tout le monde – pas seulement les grandes entreprises. En outre, le Professeur Frison-Roche a expliqué que la compliance est une nouvelle branche du droit, dont l'objectif est de protéger le système économique. En outre, la *due diligence* est le concept central de la compliance, les entreprises ayant une obligation de moyens pour prouver l'efficacité de leurs actions.

La corruption et le changement climatique présentent toutefois un enjeu commun s'agissant du droit de la conformité : l'objectif est de prévenir les risques systémiques.

Le deuxième panel, relatif au changement climatique, était modéré par Michelle Bradfield et composé de Ben Juratowich QC, Eliseo Castineira et Françoise Labrousse.

Ben Juratowich QC a abordé le droit de la mer et son importance pour le changement climatique, illustrant son propos en évoquant la 12^{ème} partie de la Convention des Nations Unies de Montego Bay, qui traite de la protection de la mer. L'obligation est une obligation de résultat et non de moyens. C'est une grande différence avec la compliance. Il y a une obligation positive de protéger et de prévenir la pollution de l'environnement marin : les États ont une obligation de diligence pour éviter les impacts négatifs sur la mer. Bien que les règles existent, il reste des lacunes. Il a conclu sa présentation par des questions, qui sont restées sans réponse : Que se passerait-il si tout le territoire d'un État est submergé ? Et sans territoire habitable, l'État est-il toujours un État ?

Ensuite, Eliseo Castineira a expliqué que nous avons une norme internationale du changement climatique par exemple avec la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques et l'accord de Paris, et également avec le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). En droit français, la loi de vigilance contient une clause de protection du climat. Aussi, les arbitres qui traitent du changement climatique doivent avoir la même posture que lorsqu'ils traitent de la corruption. Pour Eliseo Castineira, les arbitres doivent avoir des connaissances scientifiques pertinentes. S'ils ne connaissent pas les bases de la science, il leur sera difficile de traiter les questions de changement climatique.

Enfin, Françoise Labrousse a présenté les questions de changement climatique posées dans les litiges devant les juridictions étatiques nationales. Elle a révélé qu'il y a plusieurs cas de litiges liés au changement climatique aux États-Unis, mais avec peu de chances de succès, alors qu'en Europe, il existe un nombre inférieur d'affaires, mais ces affaires ont une plus grande chance de succès. Elle a expliqué que ces affaires concernent par exemple le devoir de diligence, les réclamations en matière de sécurité des entreprises, et les droits de l'homme, avec un rôle joué par les organisations non-gouvernementales. Dans de nombreux cas, les questions environnementales ont été prises en compte par le biais des droits de l'homme. Par exemple, dans une affaire, EDF a été poursuivi en C'est-à-dire au sujet d'un projet au C'est-à-dire pour insuffisance de discussion avec la population locale et de respect de la loi locale. Cette plainte n'était pas basée sur l'impact du changement climatique ou sur les dommages environnementaux causés, mais sur le respect des populations locales.

ARBITRAGE INTERNATIONAL : LES MÉCANISMES DE PERSUASION ET LA MANIÈRE DONT LES DÉCISIONS SONT PRISES

Par Aysha Saleh et Ludovica Ludovici

Le mardi 29 mars, dans le cadre de l'édition 2022 de la Paris Arbitration Week, Hogan Lovells a organisé un séminaire hybride en personne et via zoom intitulé « Arbitrage international : les mécanismes de persuasion et la manière dont les décisions sont prises ». Le panel du séminaire était composé de quatre intervenants : deux issus du milieu scientifique (Dr. Thomas Boraud et Dr. Mihael Jeklic) et deux praticiens renommés de l'arbitrage (Dr. Wolfgang Peter et Prof. Maxi Scherer). La conférence était modérée par Melissa Ordoñez, Counsel, et introduite par Thomas Kendra, avocat associé, tous deux évoluant au sein de l'équipe d'arbitrage international de Hogan Lovells à Paris.

Le premier intervenant, Dr Mihael JEKLIC, directeur des compétences professionnelles au King's College de Londres où il enseigne la prise de décision stratégique et la négociation, a expliqué comment une partie du processus de prise de décision est inconsciente, s'appliquant aux jugements. Dr JEKLIC a lancé la discussion en décrivant les facteurs étrangers intervenant dans les décisions judiciaires. Il a présenté à cet effet un graphique basé sur une étude de la prise de décision d'un juge concernant les délinquants lourds et la décision de leur accorder ou non une libération conditionnelle. Le graphique montrait que le premier délinquant jugé avait une chance de rentrer chez lui estimée à environ 64%. Cependant, ce pourcentage diminue lentement, au fil du temps, jusqu'à atteindre 0 %. D'autres pics peuvent être relevés, qui sont généralement des moments précédés de pauses. Il explique ainsi que la tendance n'est liée à rien de matériel, mais plutôt à l'attention déclinante des juges.

Dr JEKLIC a ensuite expliqué le cadre de la prise de décision. Il a déclaré que les processus cérébraux pouvaient être divisés en deux (système développé par Kahneman) : les processus automatiques (système 1) et les processus contrôlés (système 2). En expliquant cela, il a indiqué que le premier système était un processus rapide, sans effort et inconscient. Nous ne sommes pas conscients de ce processus, mais nous sommes conscients du résultat. La compréhension du langage ou la perception visuelle en sont des exemples. Le second système est un processus lent, laborieux et conscient. Nous sommes activement engagés dans ce processus et donc très fatigués, et à ce titre, le cerveau humain ne peut en supporter qu'une capacité limitée. Il ajoute que le jugement est sous-tendu par des systèmes à la fois contrôlés et automatiques. Il convient toutefois de noter que le système 2 peut prendre le pas sur le système 1. Par conséquent, pour être persuasif au niveau du système 2, il faut être clair, concis et raconter une histoire claire à comprendre. Il révèle que le système 2 offre peu d'indications, surtout si vous avez deux récits tout aussi persuasifs l'un que l'autre. Avec le système 1, il n'y a pas d'introspection car il est très difficile à saisir et on ne peut pas le contrôler.

Dr JEKLIC a ensuite expliqué le concept de confiance épistémique, lié à l'idée que certaines connaissances sont transmises de génération en génération. Cette notion est donc un système cognitif adaptatif sélectionné par l'évolution. Il a expliqué que le cerveau fait confiance à certaines informations partagées par une autre personne. L'action de serrer la main ou de porter un toast en sont des exemples : nous ne savons pas pourquoi nous le faisons, mais l'information a été transmise et nous la reconnaissons comme pertinente. Cela peut être déclenché par des indices ostensifs, qui peuvent donner l'impression que la personne qui vous parle vous comprend vraiment et ressent ce que cela signifie d'être vous. Cette confiance peut être forgée artificiellement en appelant quelqu'un par son prénom ou en le regardant dans les yeux.

Dr Thomas BORAUD, directeur de l'Institut des maladies neurodégénératives (CNRS) a détaillé ce qui se passe dans le cerveau lorsque des décisions sont prises. Il a indiqué que les trois questions auxquelles les neurologues tentent de répondre lorsqu'ils analysent le fonctionnement du cerveau lors du processus de prise de décision sont : 1) le réseau de la décision 2) l'origine de la rationalité et 3) l'identification des substrats sous-jacents des 2 systèmes de Kahneman. Il a déclaré qu'un modèle appelé « acteur-critique » est utilisé pour analyser la prise de décision. L'acteur propose un ensemble d'actions possibles compte tenu d'un état spécifique, tandis que le critique est la fonction de valeur estimée qui évalue les actions prises par l'acteur en fonction de la politique donnée.

Il a de plus expliqué que les expériences scientifiques démontrent clairement que la dopamine et le système endocrinien sont responsables de l'envoi de signaux indiquant ce qu'il faut ou ne faut pas faire, démontrant également que la dopamine est également essentielle pour apprendre.

Constatant que plusieurs processus participent à la prise de décision, la conversation s'est ensuite orientée vers le point de vue des deux spécialistes de l'arbitrage, car, en tant qu'arbitres renommés, ils sont régulièrement confrontés à la prise de décision.

Dr Wolfgang PETER, associé au sein du cabinet Peter & Kim, a commencé par partager son expérience. Il a souligné qu'il est fréquent que l'arbitre se soit déjà forgé une opinion avant que le processus d'arbitrage n'arrive à la phase postérieure à l'audience. Lors de l'audience principale, les arbitres discutent généralement entre eux et développent leurs points de vue : ils déjeunent, parfois dînent, et peuvent consacrer une demi-journée ou une soirée à l'avancement d'un dossier d'arbitrage. Ces discussions soulèvent par conséquent des questions, qu'ils poseraient normalement aux parties, et les réponses peuvent aider à se former une analyse.

Dr. PETER a en outre déclaré que les arbitres ne sont pas nécessairement totalement rationnels, car ils ne sont pas des « machines » programmées pour appliquer la loi. Selon lui, les arbitres pourraient être influencés par leur éducation, leurs antécédents, leurs opinions sur les questions politiques, économiques, sociales et financières. Ils sont parfois influencés par des sentiments de responsabilité sociale. L'année dernière, par exemple, un facteur très important a été la corruption, et le sentiment très fort que quelque chose devait être fait à ce sujet. Selon lui, un arbitre véritablement professionnel s'efforcera de travailler de manière objective. Il a mentionné que l'on peut toujours spéculer sur la conscience, la partialité ou les préjugés de l'arbitre, et qu'il y a des moments où il est possible de voir comment un arbitre pense, au travers de la façon dont les questions sont posées et selon les moments auxquels ces questions sont posées. Il a déclaré que même si une grande partie de l'analyse est faite par des êtres humains, l'arbitrage comporte un autre niveau de subjectivité. En effet, les arbitres étant nommés par les parties, ils pourraient être tentés, dans une certaine mesure, d'apporter leur soutien ou leur loyauté à la partie qui les a nommés. Néanmoins, le système crée des contrôles et des équilibres, qui jouent un rôle essentiel.

Il a été ensuite demandé au professeur Maxi SCHERER, vice-présidente de la Cour d'arbitrage international de Londres et professeur de droit à Queen Mary, Université de Londres, ce qu'elle pensait des équilibres cognitifs dans le processus d'arbitrage.

Selon elle, les avocats sont généralement très sceptiques. Ils pensent souvent que la formation juridique qu'ils ont reçue était axée sur la rationalité, la certitude et la prévisibilité, et croient que le système 2 est utilisé pour prendre leurs décisions. Le processus décisionnel serait donc rationnel, délibéré, comme un calcul. Elle précise que cela ne tient pas compte du fait que les avocats ont aussi leur système intuitif, mais qu'ils n'en sont pas conscients car il n'y a pas de contrôle cognitif. Elle a ajouté qu'il est important de savoir comment fonctionne notre cerveau car c'est alors que l'on peut ensuite penser à comment mieux prendre en compte nos biais éventuels. Elle a donné l'exemple d'un biais de rétrospection et a souligné que même si les avocats disposent d'informations, c'est-à-dire de certains faits à l'avance, ceux-ci ne devraient pas influencer la décision finale – il importe donc d'avoir reçu tous les documents utiles et les soumissions de chaque partie avant une prise de décision.

Une autre forme de biais mentionnée par le Dr. Scherer est celui du biais de confirmation. Le professeur SCHERER a déclaré que souvent, lorsque nous nous sommes forgés une opinion sur quelque chose, nous pourrions être tentés de lire ou d'accéder à des informations ultérieures que dans le but de soutenir l'opinion que nous avons déjà formée. Elle a donc souligné l'importance de garder un œil et un esprit ouverts tout au long de la procédure et de veiller à ne pas venir trop hâtivement à une conclusion lorsque seule la moitié des preuves est présente car, une fois qu'une décision a été prise, même provisoire, en discutant des points de vue entre les membres du tribunal, il sera plus difficile de dévier de cette opinion en raison du biais de confirmation.

Pour en venir aux stratégies de persuasion efficaces, il a été demandé au Dr Peter de donner des conseils sur ce qu'il faudrait faire et ne pas faire en matière de persuasion. Il a déclaré que les compétences en matière de plaidoyer font la différence dans les situations complexes où un tribunal est confronté à un dilemme. Il a déclaré que les cas doivent être présentés avec clarté et exhaustivité, et être suffisamment persuasifs pour obtenir une décision en votre faveur. Le professeur SCHERER manifesta son accord et ajouta que l'œil jouait un rôle énorme, de même que la confiance. Elle conclue sur l'importance de structurer son argumentaire, notamment de commencer en présentant nos arguments les plus convaincants, et de terminer avec un point fort.



MERCREDI

CHINE, HONG KONG, SINGAPOUR : QUELLES NOUVEAUTES POUR L'ARBITRAGE EN ASIE ?

Par Léa Boudissa et Elisa-Marie Goubeau

Le mercredi 30 mars 2022, DS Avocats a tenu un séminaire sur les développements récents en matière d'arbitrage en Asie dans le cadre de l'édition 2022 de la Paris arbitration Week. Modéré par Alexis Mourre (Associé chez Mourre Gutiérrez Chessa Arbitration), le panel d'intervenants, composé d'Anne Severin (Associée chez DS avocats, Shanghai) et d'Olivier Monange (Associé chez DS avocats, Singapour), a discuté des nouveautés portées par le continent asiatique ainsi que du futur de sa pratique arbitrale.

Afin de lancer la discussion, le modérateur a introduit quelques statistiques reflétant la croissance économique prospère de l'Asie, s'appuyant sur le rapport d'enquête publié en 2021 par White and Case et l'Université Queen Mary of London. Le Centre d'Arbitrage International de Singapour (SIAC) et le Centre d'Arbitrage International de Hong Kong (HKIAC) se distinguent comme la deuxième et troisième institution d'arbitrage préférées après la Chambre de Commerce internationale (ICC). De même, Singapour a été désigné avec Londres comme sièges favoris de l'arbitrage suivi de près Hong Kong en deuxième place.

Alexis Mourre a tout d'abord interrogé le panel sur l'impact de la culture chinoise sur le processus arbitral. Selon Anne Severin, en raison d'un enracinement profond de l'influence du confucianisme, deux notions clefs sont à garder à l'esprit : l'harmonie et la confidentialité. En effet, recourir aux forums judiciaires ou légaux n'est pas toujours la première option pour le peuple chinois afin de résoudre leurs différends. Afin de démontrer que les procédures légales sont impactées par ces caractéristiques, Anne Severin a souligné l'importance de la médiation en Chine. Elle a expliqué que non seulement le juge peut proposer le recours à la médiation à n'importe quel stade de l'instance mais également que ce recours est obligatoire avant de saisir le juge. Également, à titre d'incitation, les juges chinois sont évalués en fonction du nombre de cas résolus via la médiation. À cet égard, cette pratique en Chine diffère des discussions *ex parte* qui font l'objet de condamnation en C'est-à-dire.

La deuxième question a porté sur le sur le cadre juridique chinois en matière d'arbitrage. Anne Severin a énuméré les quatre principales institutions : la Commission Chinoise Économique Internationale d'Arbitrage Commercial (CIETAC), le Centre d'Arbitrage International de Shanghai (SHIAC), la Cour d'Arbitrage Internationale de Schenzen (SCIA) et le Centre d'Arbitrage International de Beijing (BIAC). Elle a indiqué que le meilleur choix demeure la CIETAC dans la mesure où, d'une part, il s'agit de la plus ancienne institution dotée de l'expérience la plus significative et, d'autre part, son approche est la plus sophistiquée pour la gestion des litiges internationaux. On peut citer à titre d'exemple le fait que la CIETAC permet l'administration d'un arbitrage unique découlant de contrats multiples.

Anne Severin a également partagé le fait que, contrairement aux autres institutions arbitrales, qui obligent la désignation d'arbitre au sein de leurs listes, la CIETAC permet de désigner des arbitres étrangers non-inscrits sur ces listes. Cette nomination reste néanmoins sujette à validation du Président. Afin d'éviter que le tribunal arbitral ne soit composé uniquement de nationaux chinois, il est fortement recommandé d'inclure une disposition dans la clause compromissoire obligeant à ce que le tribunal soit composé de trois nationalités différentes. Il est également vivement conseillé de préciser le langage et la loi applicable à l'arbitrage si l'on souhaite éviter l'application automatique de la langue et de la loi chinoise.

La discussion s'est ensuite poursuivie sur le futur et l'amélioration du cadre arbitral chinois afin de s'aligner sur les standards internationaux de la pratique arbitrage. Olivier Monange a souligné qu'il reste des progrès à faire, même si des efforts ont été observés. Pour le moment, la loi chinoise dispose que les commissions d'arbitrage doivent être approuvées par les autorités chinoises. Cet accord n'a pas été donné aux institutions étrangères, les empêchant ainsi d'arbitrer dans la Chine continentale.

Néanmoins, Olivier Monange a ajouté que de récentes améliorations sont à relever. Une décision de la Cour Populaire Suprême de 2013 a permis pour la première fois l'administration d'une procédure d'arbitrage par la ICC à Shanghai car le litige opposait une partie chinoise et une partie étrangère. En tout état de cause, si l'on désire mener un arbitrage dont le siège est situé hors de la Chine, ou sous les auspices d'une institution arbitrale internationale, un élément d'extranéité est nécessaire. Deux décisions rendues en 2020 par les Cours Populaires Intermédiaires de Shanghai et de Guangzhou ont permis l'administration en Chine d'arbitrages régis par la ICC et le SIAC. Doit être souligné ici le fait que, dans l'affaire soumise à la Cour de Shanghai, les deux parties étaient des sociétés à capitaux 100% étrangers et opéraient dans la zone de libre-échange de Shanghai. Ces éléments ont permis à la Cour de qualifier l'élément d'extranéité et donc de retenir la nature internationale du litige. Il a été évoqué qu'il est souvent nécessaire, dans la pratique des affaires en Chine, de créer une filiale de droit local qui, dans ses relations avec d'autres sociétés domestiques, ne pourra justifier d'un élément d'extranéité.

Si des discussions ont lieu au Parlement afin d'apporter la possibilité pour les institutions étrangères d'administrer des dossiers d'arbitrage en Chine, une certaine incertitude persiste au regard des statuts de la sentence arbitrale rendue dans ces conditions. La législation actuelle distingue en effet trois catégories de sentences : internes, reliées à l'international et internationales. Olivier Monange a aussi fait référence à l'accord entre Hong Kong et la Chine continentale concernant les mesures provisoires. Avant la conclusion de cet accord, si un arbitrage avait choisi un siège à l'extérieur de la Chine, les tribunaux chinois refusaient de déclarer et d'appliquer des mesures provisoires. Cela est toujours d'actualité à l'exception des procédures ayant comme siège Hong Kong. La CCI a été approuvée dans le cadre de cet accord par la Cour Populaire Suprême, cette initiative marquant ainsi une étape dans la création d'un cadre plus favorable aux arbitrages étrangers.

Alexis Mourre a ensuite demandé à Anne Severin si la loi chinoise constitue un bon choix de loi pour le contrat, qui a alors répondu que la loi chinoise est souvent imposée comme obligatoire dans les contrats. Cependant, les cours chinoises ont souvent eu recours au principe des liens les plus étroits lorsqu'un conflit de lois émerge. Elles se sont ainsi alignées avec la pratique internationale. Anne Severin a aussi rappelé que la Chine ayant ratifié la Convention de Vienne sur la Vente Internationale de Marchandises (CIVM), la loi chinoise est donc soumise aux dispositions de ce traité parmi lesquelles se trouvent les grands principes de droit civil qui dès lors vocation à s'appliquer. Elle a également noté une amélioration issue de la réforme de 2021 : auparavant, si le contrat n'avait pas été approuvé par les autorités chinoises, ce dernier était non valide. Dorénavant, il peut l'être sans cette approbation.

Un autre sujet de discussion a été l'influence de la Chine sur Hong Kong et les conséquences sur l'HKIAC, vu comme un centre d'arbitrage effectif et indépendant. En effet, Hong Kong, au vu des circonstances, perd son statut non seulement en tant que siège favori d'arbitrage, découlant de son système judiciaire indépendant, mais il est affecté également en tant que place financière internationale. Si jusqu'à maintenant, Singapour et Hong Kong ont mené une compétition législative saine afin d'offrir le cadre juridique le plus favorable à l'arbitrage, les intervenants se sont néanmoins accordés sur le fait que le SIAC pourra bénéficier du déclin de la HKIAC, qui subira un contrôle chinois plus fort à l'avenir.

Le SIAC, quant à lui, a conclu des accords de coopérations variés avec d'autres institutions, et a tenu de nombreux webinaires afin d'accroître son exposition internationale. Ainsi, Singapour apparaîtra probablement comme le siège le plus sûr dans la région dans le futur. Actuellement, le SIAC est en compétition avec la ICC en ce qu'il actualise ses règles d'arbitrage (procédure accélérée, procédure d'urgence, détermination rapide des demandes et défenses) pour refléter les tendances et pratiques actuelles. Le panel a aussi évoqué les forums alternatifs, tels que le *Korean Commercial Arbitration Board*, le *Asian International Arbitration Centre* (Malaisie) ou le *Vietnam International Arbitration Center*, et ont expliqué qu'il n'y avait pas pour le moment d'institution émergente qui pourrait rivaliser avec le HKIAC ou le SIAC. Par exemple, le KCAB a la réputation de fournir des services d'arbitrage de haute qualité mais sa charge de travail demeure principalement domestique.

Le modérateur a ensuite orienté la discussion sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales en Chine et dans d'autres pays d'Asie. Anne Severin a expliqué que le processus est sécurisé en Chine par un système spécial de rapport interne judiciaire. Cela implique que lorsqu'une cour entend dénier la reconnaissance et l'exécution d'une sentence, elle doit transférer l'affaire à la cour supérieure. Le refus d'exécution sera donc *in fine* entre les mains de la Cour Populaire Suprême qui prononcera la décision finale. Olivier Monange a fait remarquer, au sujet d'autres pays tels que le Vietnam ou l'Indonésie, que les taux de reconnaissance et d'exécution étaient bas car des exceptions d'ordre public sont souvent avancées par les juridictions nationales. En revanche, l'Inde a récemment réformé et amélioré son cadre juridique en matière d'arbitrage, elle peut être considérée comme un forum approprié aux fins de la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

En guise de conclusion, les participants ont été invités à partager des conseils sur leur expérience en négociation avec des parties chinoises. Anne Severin a insisté sur deux points. Tout d'abord, il faut être prêt à passer du temps à écouter et examiner les solutions à court, moyen et long terme, ainsi que faire preuve de compréhension à l'égard de la position de l'autre partie. Deuxièmement, il est essentiel de se donner une marge de négociation.

LA NORME DE TRAITEMENT JUSTE ET EQUITABLE : MISE A JOUR ET PERSPECTIVES

Par Aurélien Weickert

Le mercredi 30 mars 2022, Jeantet a organisé une table ronde sur « *La norme de Traitement Juste et Equitable : Mise à jour et Perspectives* » (“*The Fair and Equitable Treatment Standard: Update and Perspectives*”). Le panel était modéré par Ioana Knoll-Tudor (*Partner, Jeantet*) et composé de Yuriy Pochtovyk (*Legal Official, Energy Charter Secretariat*), Prof. Kaj Hobér (*Associate Member, 3 Verulam Buildings*), Barton Legum (*Partner, Honlet Legum Arbitration*), Irena Alajbeg (*Croatian Ministry of Foreign and European Affairs*), Nir Deutsch (*Legal Adviser, Israeli Ministry of Justice*), et Lucia Raimanova (*Partner, Allen & Overy*).

Nous constatons une évolution considérable de la rédaction des dispositions relatives au « Traitement Juste et Equitable » (TJE) au cours des dernières années, avec des clauses plus diverses et plus sophistiquées de nos jours. Les nouveaux traités bilatéraux d’investissement (TBI) et le processus de modernisation en cours du Traité sur la Charte de l’énergie (TCE) illustrent cette évolution. Toutefois, il n’y a aucune certitude concernant la méthode d’interprétation par les tribunaux et le niveau de protection des investisseurs.

Le TCE est l'accord d'investissement le plus fréquemment invoqué et, dans les affaires fondées sur le TCE, le TJE est la norme de protection matérielle la plus contestée. La rédaction actuelle de l'article 10(1) du TCE est ouverte et ne lie pas le TJE au droit international ni à la norme minimale du droit international. Le groupe de modernisation, mis en place en novembre 2019 par la Conférence sur la Charte de l’Energie pour entamer des négociations sur la modernisation du TCE, y compris la définition du TJE, a déjà tenu onze sessions de négociations (la définition du TJE a été discutée dans sept d'entre elles) et deux sessions supplémentaires sont prévus en avril et mai 2022. À ce stade, seule l'UE a mis à disposition sa proposition de texte pour l'article 10 et les Parties Contractantes continuent de négocier la définition du TJE.

On ne peut expliquer l'évolution actuelle du TJE sans s’intéresser à l'histoire du TCE. Lors des négociations, l'intention des parties était de rédiger une *magna carta* de l'énergie, couvrant non seulement la protection des investissements mais aussi le commerce, l'environnement et le transit. Le traité ayant été conclu à la hâte, de nombreuses dispositions sont restées floues ou n'ont pas fait l'objet d'une analyse juridique approfondie, tel que l'article 10 sur le TJE. Le panel a fait valoir qu'il n'existe pas de traité parfait et que les dispositions du TCE continueront d'être interprétées sur la base de la Convention de Vienne conformément à l'article 2 du TCE.

Ensuite, le panel s'est penché sur la norme TJE à la lumière des premières affaires de l'ALENA : *Loewen, Mondev et Methanex*¹. Avant ces arbitrages, aucune position officielle n'avait été prise par le gouvernement américain sur le contenu de l'article 1105 de l'ALENA. L'approche du sens ordinaire de l'article 31 de la Convention de Vienne a été utilisée par chaque demandeur dans ces arbitrages. En l’absence de jurisprudence à l’époque, les tribunaux arbitraux avaient pour tâche d’évaluer le caractère équitable des mesures incriminées.

Dans la mesure où l'article 1105 encadrait le TJE comme étant subordonné au droit international et à la norme minimale internationale, les parties de l'ALENA l'ont utilisé comme base pour résister à l'approche du sens ordinaire qui n'était pas généralement disponible pour les traités d'investissement européens contemporains. Les Notes d’Interprétation de l'article 1105 adoptées par la Commission de libre-échange de l'ALENA en 2001 ont confirmé cette position dans un instrument contraignant. Cette interprétation a fourni une structure analytiquement rigoureuse pour débattre du contenu du TJE.

Le panel a ensuite discuté des formulations rédactionnelles des clauses de TJE dans les TBI croates et israéliens.

¹ Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3; Mondev International Ltd. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2; Methanex Corp. v. United States of America, UNCITRAL, 3 August 2005

(i) Rédaction des clauses de TJE dans les TBI croates

L'évolution de la rédaction des clauses de TJE depuis le milieu des années 90 jusqu'à aujourd'hui a été discutée. Au milieu des années 90, il n'y avait pas de jurisprudence pour clarifier le sens de la clause de TJE ni de sensibilisation suffisante à son contenu. En effet, la jurisprudence a amené la Croatie à constater qu'une clause de TJE ouverte peut être interprétée de manière large.

Quatre approches différentes de la clause de TJE ont été intégrées dans les TBI croates avant l'adhésion de la Croatie à l'UE. En raison de deux arbitrages engagés contre la Croatie pendant le processus d'adhésion à l'UE, où une violation de la clause de TJE avait été invoquée, la Croatie a reconsidéré sa politique d'investissement en visant principalement à clarifier les normes existantes.

La question reste de savoir comment traiter les clauses de TJE dans les anciens TBI : modifier ces dispositions pour en réduire la portée ou adopter une déclaration interprétative.

(ii) Rédaction des clauses de TJE dans les TBI israéliens

La position israélienne à l'égard de la clause de TJE a considérablement évolué, comme l'illustre la technique de rédaction des TBI conclus dans les années 90 et des TBI plus récents. Le panel a examiné la rédaction de la clause de TJE par rapport à l'interprétation qui a pu en être faite par les tribunaux arbitraux. Plusieurs exemples ont été donnés.

Le premier exemple était la rédaction de la clause de TJE du TBI Israël-Géorgie (1995) et son interprétation donnée par le tribunal arbitral dans l'affaire *Fuchs v. Georgia*². Le deuxième exemple était une version plus moderne de la clause de TJE contenue dans le TBI Israël-Guatemala (2006) et l'interprétation du tribunal arbitral dans la sentence *IC Power v. Guatemala*³.

Ensuite, le panel a montré que les TBI israéliens les plus récents (conclus avec le Japon (2017), la Corée du Sud (2020) et les EAU (2021)) contiennent des formulations différentes, ce qui soulève la question de savoir si (i) ces formulations diffèrent les unes des autres dans le niveau de protection qu'elles offrent ou (ii) si elles ont la même signification et que les gouvernements ne font que réagir à l'interprétation des tribunaux arbitraux.

Une réponse possible peut être trouvée dans les négociations de traités où les relations internationales et les éléments culturels jouent un rôle et ajoutent un défi pour la renégociation des TBI.

La dernière intervention visait à examiner les effets de trois formulations rédactionnelles sur le résultat d'un scénario fictif.

- (i) La première formulation rédactionnelle : « *Les investissements (...) bénéficieront d'un traitement juste et équitable* » du TBI Albanie-Israël (1996) est une clause non qualifiée qui donne au tribunal une certaine marge de manœuvre pour déterminer ce qui est juste et équitable.
- (ii) La deuxième formulation rédactionnelle est la clause de TJE du TBI entre le Canada et la Chine (2012) liée à la norme minimale de traitement. Les tribunaux arbitraux ont attribué un sens à la norme minimale de traitement, mais ils ont été incohérents dans leur approche. Comme l'a souligné le panel, l'interprétation de la norme minimale de traitement tend à être plus étroite et le seuil de responsabilité plus élevé.
- (iii) La troisième formulation rédactionnelle est l'article 8.10 du CETA, privilégié par l'UE, avec une liste fermée de comportements possibles. Par une telle clause, l'objectif est de limiter l'interprétation par les tribunaux arbitraux.

Le panel a conclu cette table ronde en soulignant que la formulation des clauses de TJE est, et sera, de la plus haute importance. À la dernière question, à savoir s'il faut viser un niveau de protection uniforme ou une méthode d'interprétation uniforme, la plupart des panélistes se sont prononcés en faveur d'une méthode d'interprétation uniforme, avec des critères clairement identifiés, offrant plus de prévisibilité pour l'interprétation de la norme de TJE.

² Ron Fuchs v. Republic of Georgia, ICSID Case No. ARB/07/15

³ IC Power Asia Development Ltd. v. Republic of Guatemala, PCA Case No. 2019-43, §583

LE DEVOIR DE BONNE FOI DANS LES CONTRATS DE CONSTRUCTION ET LES TENDANCES ACTUELLES EN ARBITRAGE DE CONSTRUCTION

Par Alice Astore et Gökberk Tekin

Le mercredi 30 mars, Kroll a organisé un séminaire sur le devoir de bonne foi dans les contrats de construction, suivi d'une discussion sur les tendances récentes dans le domaine de l'arbitrage de construction. Les spécialistes en la matière ont eu l'occasion de partager leurs points de vue sur les sujets susmentionnés avec des invités de grands cabinets d'avocats parisiens.

Comme le suggère le titre, le séminaire était divisé en deux sections. Le premier panel, constitué de Christophe GUIBERT DE BRUET (avocat chez Lalive), Annet VAN HOOFT (arbitre), Benjamin FOWLER (*Barrister* au 4 New Square Chambers), Toshima ISSUR (associée chez Pinsent Masons) et modéré par David FALKENSTERN (directeur chez Kroll), a d'abord commencé par présenter différents points de vue des intervenants concernant la notion de bonne foi.

En droit civil, la bonne foi a un champ d'application assez spécifique. Une partie ne peut pas invoquer la bonne foi de manière abstraite. Si l'on prend l'exemple du droit suisse, la bonne foi n'est pas directement applicable, et ne peut ainsi pas être invocable par les parties. Un contrat qui fait spécifiquement référence à la bonne foi est donc nécessaire. L'article 2 du Code civil suisse dispose que « *toute personne doit agir de bonne foi dans l'exercice de ses droits et dans l'exécution de ses obligations* ».

En droit français, la bonne foi va de pair avec les attentes légitimes des parties. Dès lors, même un retard dans la confirmation des paiements est préjudiciable à l'entrepreneur. D'une certaine manière, la bonne foi comble les lacunes, complète le contrat et veille à ce qu'il soit exécuté de manière raisonnable. Cependant, il existe une sorte de tension entre la liberté des parties et le principe de bonne foi. Cette tension est généralement le point de départ du litige.

Les intervenants ont ensuite abordé le point de vue de la *Common law*, selon lequel des thèmes, tels que la délivrance d'un certificat de paiement intermédiaire dans un délai raisonnable, relèvent davantage du bon sens commercial que de la moralité. En raison de l'absence de référence à la bonne foi dans le domaine de la construction, l'usage de termes plus concrets dans les contrats est conseillé, comme par exemple les termes de collaboration et de confiance mutuelle. Ainsi selon la *Common law*, l'accent est mis sur les clauses spécifiques. La bonne foi s'apprécie ainsi *in concreto*, dès lors beaucoup de juristes de *Common law* ne sont pas familiarisés avec l'obligation de bonne foi. Par conséquent, la question de savoir si une situation est ou non en dehors du concept de considération raisonnable des parties lors de la conclusion du contrat est une question qui subsiste dans le temps.

Par ailleurs, quelques mises en garde ont été notées concernant les contrats types. Un accent particulier a été mis sur le Livre rouge de la FIDIC, qui a fait l'objet de nombreuses modifications au fur et à mesure du temps. Dans la version de 1997, aucune référence à la bonne foi n'était prévue. Pour s'en rapprocher, il s'agissait alors de trouver une référence aux principes équitables, notamment dans le contexte de la responsabilité de l'employeur. Dans l'édition de 1999, une mention de la mauvaise foi était faite dans le contexte de la responsabilité des membres du Dispute Adjudication Board (DAB). Dans celle de 2017, a été insérée une référence à la bonne foi, et ce dans le contexte du règlement des différends avec la mention du devoir de coopérer de bonne foi avec le Dispute Avoidance/Adjudication Board (DAAB). Il est intéressant de noter que dans un autre article, se trouve une obligation pour une partie de coopérer avec l'autre partie pour constituer le DAAB, mais aucune mention de la bonne foi n'est faite dans cette disposition.

Les panélistes ont fourni quelques illustrations. L'un d'eux a abordé le thème de la gestion des contrats. Dans une affaire d'arbitrage en cours, un contractant a commencé à effectuer des travaux supplémentaires, l'employeur n'ayant pas donné

d'instructions pour effectuer de telles modifications. L'employeur les a approuvées et les a payés, mais avec des retards importants. Ces modifications étaient évaluées à près de 7 milliards de dollars US. La difficulté ici était alors de gérer cette tension entre le besoin de conserver de bonnes relations entre l'employeur et le contractant, et également d'assurer le maintien du bon sens commercial. Par la suite, l'entrepreneur a fini par financer les travaux. Le principe de la bonne foi a été avancé, car, la bonne et son corollaire c'est-à-dire le devoir de cohérence, obligent l'employeur à payer les variations.

La deuxième partie du panel était composée de trois sous-sections (à savoir la phase de construction, la phase de post-construction avant l'arbitrage, et enfin la phase d'arbitrage), dans lesquelles les panélistes ont partagé leurs idées sur certains sujets présentés par le modérateur, M. Ewen MACLEAN.

Les discussions ont commencé par des réflexions sur l'augmentation des coûts des matériaux et leurs effets sur la construction. M. David COYNE a souligné l'importance de la tenue de registres dans les réclamations pour perturbations résultant de cette augmentation. Ensuite, Mme Maude LEBOIS a noté que l'augmentation des coûts des matériaux sur les prix contractuels peut varier d'une juridiction à l'autre, en particulier à la lumière des clauses statutaires d'imprévisibilité, citant des exemples de la loi et de la jurisprudence française. Ensuite, Andrew ROBERTS a noté que l'augmentation des coûts mentionnée affecte principalement la situation financière des parties, ce qui peut être atténué par l'aide des bailleurs de fonds tiers. Enfin, Dr. Sally EL SAWAH a souligné l'importance de la loi applicable et a comparé les applications de la loi égyptienne (qui inclut une clause d'imprévisibilité pour les projets de construction) et de la loi marocaine (qui n'offre pas une telle clause). Elle a ensuite comparé les contrats publics et privés en termes de révision des prix et a conclu sur les avantages potentiels de fournir une flexibilité aux organismes publics par le biais de réglementation.

Ensuite, Mme Maude LEBOIS a partagé ses arguments concernant l'utilisation de modèles de contrats dans les projets de construction, et concernant la question de savoir si un tel contrat peut être efficace pour réduire les risques de conflits. Selon elle, si un modèle est utilisé, trois précautions spécifiques doivent être prises pour éviter les conflits, à savoir : choisir le bon modèle pour répondre aux besoins du projet, être prudent dans la modification du modèle, surtout en l'absence d'une relecture par un avocat, et enfin ne pas chercher à trop anticiper les effets de la loi applicable au modèle choisi par les parties.

Suite à ce sujet, M. Andrew ROBERTS a partagé son point de vue sur le financement des litiges et arbitrages. Il a souligné que, même si le financement par des tiers inclut généralement la compensation des coûts de gestion de l'affaire, une tendance actuelle se développe, considérant les demandes comme un actif et tenant compte des proportions pour décider du montant de l'investissement. Cela a conduit les bailleurs de fonds, dans certains cas, à offrir plus de capital que nécessaire ou à effectuer un financement basé sur un portefeuille pour des demandes multiples.

En ce qui concerne la phase d'arbitrage, les panélistes ont tout d'abord comparé la nomination d'experts d'une part par les parties et d'autre part par le tribunal. Mme LEBOIS a noté à cet égard que, même si le tribunal nomme un expert indépendant, les parties ont toujours tendance à nommer leurs propres experts. En outre, les experts indépendants nommés par le tribunal ont tendance à recevoir les avant-projets de rapports des parties. Par conséquent, elle soutient l'idée selon laquelle les experts nommés par le tribunal n'augmentent pas l'efficacité du processus d'arbitrage. Ensuite, l'une des questions les plus délicates concernant les experts nommés par les parties a été signalée par M. COYNE, à savoir les cas où l'expert nommé par les parties n'est pas d'accord avec les faits de l'affaire. M. COYNE a affirmé que, même dans ce cas, la solution ne réside pas dans la qualité des experts nommés par le tribunal mais plutôt dans une communication solide entre les équipes juridiques, les clients et les experts.

Au cours de la session, les panélistes ont également abordé les dernières tendances dans les projets de construction, le stade d'implication des experts dans de tels projets, la nomination d'arbitres techniques (non juridiques) ainsi que les effets de la pandémie de la COVID-19 et du changement climatique sur les litiges de construction.

FAST&FURIOUS : LES MEILLEURES PRATIQUES EN MATIERE D'ARBITRAGE DU POINT DE VUE DES JURISTES D'ENTREPRISE

Par Marilena Tsiantou and Laura Coriddi

Le mercredi 30 mars 2022, Patricia GARCIA (Senior Legal Counsel, VINCI Concessions / VINCI Airports), Maria Irene PERRUCCIO (Counsel, Webuild) et Karl HENNESSEE (Vice-Président Senior et responsable des litiges, enquêtes et affaires réglementaires, Airbus) étaient invités à la 4^{ème} édition de la discussion rapide de Freshfields sur les meilleures pratiques en matière d'arbitrage du point de vue des juristes d'entreprise. La session a été introduite par Christophe SERAGLINI et la discussion a été coordonnée par Alexandra VAN DER MEULEN et Vasula SINHA (tous de – Freshfields).

Les panélistes ont eu environ une minute pour répondre à une série de questions sur les sujets suivants : le point de vue des juristes d'entreprise en tant qu'utilisateurs de l'arbitrage international, les changements récents et les tendances futures en matière d'arbitrage commercial et d'investissement, l'efficacité de l'arbitrage, la diversité et la tendance à un arbitrage plus écologique.

Pour commencer, les panélistes ont été interrogés sur les évolutions ou tendances notables qu'ils ont observées dans le domaine de l'arbitrage au cours des 24 derniers mois. Ils ont noté une augmentation de l'utilisation des outils en ligne, l'impact de la pandémie de COVID-19 ayant contribué à ce phénomène.

Les intervenants ont reconnu la prévalence croissante des outils de travail à distance dans l'arbitrage, mais ont également exprimé des doutes quant à leur efficacité dans certains aspects de la pratique, où les relations et interactions personnelles sont importantes, comme le contre-interrogatoire ou les négociations de contrats. Ils ont également noté que l'utilisation sans entrave des outils en ligne peut, dans une certaine mesure, décourager le règlement entre les parties. Le panel n'a donc pas approuvé l'idée que les audiences virtuelles pourraient ou devraient devenir la procédure par défaut en matière d'arbitrage. En ce qui concerne la tendance procédurale, les panélistes ont mentionné les règles de la procédure accélérée et ont souligné l'efficacité de celles utilisées par la CCI.

Il a été demandé à l'une des intervenantes de répondre à ce qu'elle considérerait comme le plus important lors de la négociation des clauses de droit applicable et de règlement des litiges d'un contrat. Selon elle, l'élément le plus important était la loi applicable, le siège de l'arbitrage et ensuite l'institution arbitrale.

La discussion est passée à la question des avantages de l'arbitrage par rapport au litige. Le panel a noté l'avantage de la décision finale et contraignante du tribunal arbitral et la possibilité de choisir un « juge » ayant des connaissances techniques et spécifiques à l'industrie.

En complément, il a été demandé aux panélistes d'identifier les points clés qu'ils prennent en compte lors de la nomination d'un arbitre. Outre les caractéristiques générales, les panélistes ont souligné l'importance de critères subjectifs tels que les compétences générales d'un arbitre et la nécessité de la diversité. Comme l'a noté un panéliste, la diversité des tribunaux est souhaitable car elle permet de prendre de meilleures décisions. Il a également confirmé que si des bases de données telles que Jus Mundi – offrant une analyse comparative et de nombreuses données – étaient utiles dans le processus de sélection des arbitres, ils se fiaient en fin de compte à leur propre expérience et à celle de leurs conseils.

Les intervenants ont également été invités à se prononcer sur l'utilisation de la preuve basée sur des témoignages dans le contexte d'arbitrage et ont noté que, bien que le fait d'être un témoin soit un processus stressant et long, et que ce moyen de preuve ait ses limites en termes de mémoire humaine, il s'agit toutefois d'une partie importante du processus arbitral.

S'agissant des experts et de l'idée de les limiter aux experts nommés par le tribunal, les intervenants ont convenu que les parties auraient toujours besoin de leurs propres experts (à titre consultatif), de sorte qu'il est peu probable qu'une telle évolution procédurale réduise les coûts de l'arbitrage.

Ils ont également mentionné le "protocole Sachs", qui prévoit que les parties établissent une liste d'experts possibles, parmi lesquels le tribunal en désignera un. Les panélistes ont déclaré que cette pratique est particulièrement efficace lorsque les parties ont confiance dans le fait que le tribunal ne confiera pas sa décision à l'expert et lorsque les arbitres ont une expertise et une connaissance des aspects techniques de l'affaire.

Les panélistes ont également abordé le sujet de "l'arbitrage plus vert" et la manière dont l'utilisation d'audiences virtuelles et la réduction de la dépendance au papier peuvent contribuer à cet objectif. Ils ont également abordé la question du "Green Pledge" et du "Green protocol" pour les procédures arbitrales.

La discussion s'est ensuite concentrée à nouveau sur l'importance de la diversité dans l'arbitrage et sur la manière dont les institutions arbitrales y contribuent lors de la nomination des arbitres, encourageant ainsi la diversité dans les nominations faites par les avocats.

La conversation a également abordé la question du financement par des tiers et de l'efficacité des procédures d'arbitrage et, en particulier, les préoccupations liées à un sentiment général de scepticisme vis-à-vis des règles de procédure accélérée et l'espoir d'une augmentation de l'efficacité de l'arbitrage d'urgence.

Pour conclure, il a été demandé aux panélistes ce qu'ils espéraient pour l'avenir de l'arbitrage et ils ont exprimé le souhait d'un plus grand nombre de règlements, de décisions finales et d'une efficacité accrue en termes de coûts et de temps dans l'ensemble de la procédure.

La discussion a été suivie d'une brève session de questions-réponses.

L'ARBITRAGE EN AFRIQUE DE L'OUEST ET DU NORD : PERSPECTIVES INSTITUTIONNELLES ET DEVELOPPEMENTS JURIDIQUES

Par Nour El Ghabban et Júlia Puy i Canut

Mercredi 30 mars, dans le cadre de l'édition 2022 de la Semaine de l'Arbitrage de Paris, Reed Smith a organisé, en collaboration avec AfricaArb, un webinaire bilingue modéré par Athina Fouchard Papaefstratiou et Guillaume Aréou sur le thème de l'arbitrage en Afrique de l'Ouest et du Nord. La discussion a réuni plusieurs panélistes de la région possédant des expériences institutionnelles et indépendantes variées, dans différentes juridictions. Le webinaire était divisé en deux panels : le premier sur les principales institutions arbitrales de la région, et le deuxième sur les développements récents concernant l'arbitrage en Afrique.

Le premier panel était composé de : Bintou Boli (Président de l'Association des Centres Africains d'Arbitrage et de Médiation (ACAM)) ; Diamana Diawara, (Directrice Régionale de la branche africaine de la Chambre de Commerce International) ; Ismail Selim (Directeur du Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international (CRCICA)) ; et Oluwatosin Lewis (Secrétaire exécutif de la Cour d'arbitrage de Lagos (LCA)).

Le deuxième panel était composé de : Mohamed Sameh Amr (Président du département de droit international de l'Université du Caire) ; Clément Fouchard (associé en arbitrage international chez Reed Smith, membre fondateur d'AfricArb) ; Affef Ben Mansour (arbitre et praticien tunisien) ; et Tolu Obamuroh (associé chez White & Case, expert de la LCA).

Dans le premier panel, les différents panélistes ont donné une brève analyse statistique de leurs institutions respectives, comparant les années précédentes et confirmant que le nombre de cas sous leurs auspices est en augmentation constante, la majorité des affaires concernant les contrats de construction et d'énergie. Le modérateur a également posé des questions comparant la situation de la législation en Égypte, au Burkina Faso et à Lagos.

Une question a ensuite été posée concernant la présence et l'avenir de la médiation en Afrique. Un consensus fut parmi les panélistes constatant que l'arbitrage est le mécanisme le plus couramment utilisé dans la région, nonobstant l'importance de la médiation. Une unanimité était aussi atteinte sur le fait que, selon les statistiques, les parties ayant tendance à privilégier la médiation étaient des parties non africaines. Néanmoins, il y a certainement une volonté montante de développer les modes alternatives de résolution des conflits moins contraignantes, avec un grand nombre d'affaires résolues à l'amiable, ainsi que le développement des règlements accélérés.

Le modérateur a ensuite orienté la discussion vers les règlements accélérés, les panélistes distinguant alors des deux systèmes présents au sein des institutions : le système d'opt-in et le système automatique. M. Ismail Selim a annoncé que le CRCICA est en cours d'adoption de nouvelles règles accélérées, en utilisant un système d'opt-in, ce qui diffère du système de la CCI, comme a indiqué Mme Diamana Diawara, dans lequel existe le système d'opt-in, aux côtés toutefois du système application automatique si tous les critères nécessaires sont remplis. Dans le LCA, d'après Mme Oluwatosin Lewis, comme dans le CRCICA, on ne trouve pas une application automatique, mais un système d'opt-in.

Pour clôturer le panel, Mme Athina Fouchard Papaefstratiou a demandé à chacun de conclure en exprimant leurs opinions sur l'avenir de l'arbitrage en Afrique, notamment s'agissant des grands défis auxquels les institutions et marchés se confrontent. L'ensemble des panélistes s'est accordé pour répondre que ces défis se concentrent sur la question des coûts, surtout dans l'ère suivant la pandémie, où le pourcentage de parties qui négocient est plus élevé que celui des parties qui restent dans le système. La question de la diversification du rôle de l'arbitrage et des arbitres a également été soulevé, et notamment la promotion des arbitres africains bien formés, le fossé de la diversité pouvant être comblé par une initiative du type "Hold the Door Open" par exemple.

Pour débiter le deuxième panel, la question du principe de Kompetenz-Kompetenz a été posée, avec un éclairage sur la tumultueuse affaire *SGS c. Bénin* par M. Clément Fouchard qui a fait deux observations. Premièrement, M. Fouchard a indiqué que la *res judicata* fait désormais partie de l'ordre public, qui diffère selon les pays. Deuxièmement, M. Fouchard a expliqué que la motivation de l'arrêt est lacunaire, la violation du principe Kompetenz-Kompetenz, établi pourtant par différents articles de l'OHADA, n'ayant pas été abordée, et l'arbitrage ayant débuté avant le recours devant les tribunaux étatiques, sans renonciation à la convention d'arbitrage par SGS. Un rappel a été fait de la décision récente du 11 janvier 2022 par la Cour d'appel de Paris, laquelle a confirmé la sentence arbitrale rendue par le tribunal *SGS c. Bénin*, ordonnant l'exequatur en France. Paradoxalement, dans une autre affaire datée du même jour, *Accor c. Togo*, la CJCA s'était déclarée incompétente car l'arbitrage était déjà en cours. Même si elle a été jugée le même jour, les Cours ont abouti à une conclusion totalement différente, réaffirmant le principe de Kompetenz-Kompetenz.

M. Tolu Obamuroh a ensuite discuté des développements en la matière au Nigeria. Il a en particulier développé la non-arbitrabilité des questions d'ordre public et des litiges découlant de questions fiscales car ces derniers relèvent de la compétence exclusive de la Haute Cour fédérale fiscale.

Une question a ensuite été posée concernant la pratique et l'impact des récusations d'arbitres au Nigeria et en Egypte. M. Tolu Obamuroh a répondu en indiquant qu'au Nigéria, il n'est pas inhabituel de voir des récusations pour mauvaise conduite de l'arbitre, la Cour de Lagos précisant que ledit arbitre doit démissionner dans ce cas. La norme est donc que le tribunal se récuse. En ce qui concerne l'Egypte, Dr. Mohamed Sameh Amr a présenté le jugement fondateur récent de la Cour de cassation concernant l'impartialité et l'indépendance des arbitres, qui déclare les mécanismes internes des centres d'arbitrage compétents, renforçant leur rôle. L'accord des parties impliquait ici l'application des règles des centres, pour toutes procédures, y compris les contestations.

Le modérateur a ensuite évoqué la réforme imminente du droit égyptien de l'arbitrage, avec Dr. Mohamed Sameh Amr décrivant alors la situation actuelle et les travaux en cours afin de réformer le cadre juridique, en soulignant les nouveautés pertinentes telles que les audiences virtuelles, l'exécution des sentences, et la prééminence des tiers financeurs.

Pour conclure l'événement, la discussion s'est tournée vers l'évolution de la situation en Tunisie où Mme Affef Ben Masour s'est concentrée sur la pertinence de l'exequatur des sentences arbitrales. Elle a souligné qu'il est nécessaire d'unifier le processus et les exigences de l'exequatur afin de renforcer l'arbitrage en Afrique. Elle a ensuite évoqué le sujet de l'importance de la réciprocité dans la procédure d'exequatur.

DIFFERENDS ENERGETIQUES DANS LES CARAÏBES : PASSE, PRESENT ET FUTUR

Par Estelle Boucly et Jannis Tiede

Le mercredi 30 avril 2022, le Centre d'arbitrage international des Iles Vierges Britanniques (*British Virgin Islands International Arbitration Centre* ou BVI IAC) a tenu une conférence sur les litiges dans le secteur énergétique des Caraïbes, en partenariat avec le Centre d'arbitrage pour le règlement des différends en matière d'énergie (*Energy Disputes Arbitration Center* ou EDAC). Le BVI IAC est une institution indépendante à but non lucratif qui a été créée pour répondre à la demande de la communauté internationale des affaires laquelle souhaitait avoir une institution neutre, impartiale, efficace et fiable de résolution des conflits dans les Amériques, les Caraïbes et au-delà.

Les différents intervenants lors de cette conférence furent : Hana DOUMAL (greffier, BVI IAC), Elif DURANAY (Secrétaire général adjoint, EDAC), Shan GREER (arbitre et médiateur, Arbitra International), Calvin HAMILTON (arbitre, Arbitra International), Dany KHAYAT (avocat associé, Mayer Brown), Conway BLAKE (international counsel, Debevoise & Plimpton), et Ayse LOWE (responsable mondial de l'origination – tiers-partie financeur, Bench Walk Advisors).

Dans un premier temps, Calvin HAMILTON a commencé par un aperçu de la région des Caraïbes qui se définit essentiellement de par son histoire et sa culture, lesquelles étant profondément connectées avec des pays tels que l'Angleterre, l'Allemagne, la France et l'Espagne. Trois principaux systèmes politiques peuvent y être observés : les Etats indépendants, qui sont des anciennes colonies jouissant désormais des pouvoirs inhérents à un Etat indépendant ; les Etats associés, qui sont des États non indépendants mais qui possèdent des droits et des privilèges propres à un État et à son Gouvernement ; les colonies indépendantes, qui sont des pays gouvernés par d'autres pays.

Shan GREER a ensuite donné une vue d'ensemble sur la situation dans les Caraïbes. Dans cette région, la transition vers les énergies renouvelables n'était pas considérée comme essentielle il y a encore quelques années du fait, d'une part, des nombreuses concessions pétrolières accordées par le Venezuela et, d'autre part, d'un cadre réglementaire contraignant de ces îles en matière d'énergie renouvelable. Deux facteurs ont donc poussé la région des Caraïbes à améliorer son cadre réglementaire. Premièrement, la crise au Venezuela qui a entraîné l'augmentation du prix du pétrole et a donc conduit à l'assèchement de l'alliance pétrolière. Deuxièmement, les conséquences désastreuses du changement climatique sur ces îles. Ainsi, la Communauté des Caraïbes (CARICOM) – qui est un regroupement de vingt pays de la région des Caraïbes – a créé une politique régionale de durabilité énergétique et s'est fixé des objectifs à atteindre d'ici 2030 en matière d'énergies renouvelables. Parmi les objectifs les plus ambitieux, se trouve celui de la Barbade qui souhaite arriver à 100% d'utilisation d'énergies renouvelables d'ici 2030.

Il a ensuite été demandé aux intervenants si la région des Caraïbes possédait des mécanismes assez convaincants pour attirer des investisseurs qui soutiendraient cette transition vers les énergies renouvelables. Selon Conway BLAKE, il est indispensable pour la survie des Caraïbes d'attirer les investisseurs étrangers et assurer cette transition énergétique, notamment à cause des conséquences que le changement climatique entraîne dans cette région. En ce sens, les gouvernements ont fixé des objectifs ambitieux, mais il faut que ceux-ci soient accompagnés par des propositions de réformes qui attireront les investissements. Ces pays doivent donc s'interroger sur les mesures pertinentes qui pourraient être prises pour attirer un investisseur et rendre le secteur attractif. Les monopoles accordés aux entreprises sont également un autre problème. Il faut donc trouver un équilibre entre les entreprises privées et l'espace réglementaire du gouvernement.

Puis Dany KHAYAT a évalué ces approches réglementaires du point de vue de l'investisseur. Ce dernier a souligné l'importance de la fiabilité lorsqu'il s'agit de créer des incitations financées par le gouvernement. En s'appuyant sur des exemples tirés de l'Union européenne, celui-ci a précisé que les États se doivent d'être prudents quant aux attentes des investisseurs. En effet, le fait d'ajourner leurs attentes à une date ultérieure donnerait lieu à des plaintes de la part des

investisseurs sur le fondement d'une "attente légitime". Le message clé de Dany KHAYAT est le suivant : "le droit international doit être pris en compte par les gouvernements afin d'éviter les litiges".

Calvin HAMILTON a été interrogé sur les litiges qui ont eu lieu dans les Caraïbes au cours des 20 dernières années. Il a donc donné un aperçu des nombreux litiges relatifs aux conventions de rachat d'actions ; citant ainsi un remarquable différent dans le secteur du gaz ainsi que l'échec d'une fusion entre la filiale d'une entreprise new-yorkaise et la Petroleum Company of Trinidad and Tobago Ltd. Au regard de ces affaires, Calvin Hamilton a souligné qu'il était nécessaire de créer une institution supranationale qui serait en mesure d'exploiter efficacement la situation énergétique dans les Caraïbes.

Ces litiges ont eu une influence dans la transformation énergétique des Caraïbes. Dans cette dynamique de transformation, il est important de réaliser un juste équilibre entre les intérêts de l'investisseur et du pays selon Conway BLAKE et Shan GREER. En effet, il existe une tension entre les gouvernements et les investisseurs lorsque le régime réglementaire n'est plus à jour et devient trop restrictif. Néanmoins, l'investisseur souhaite lui aussi avoir une certaine sécurité au moment où il s'implante dans une nouvelle région. En ce sens, il est important d'arrêter de conclure des contrats politisés et d'assurer une meilleure transparence dans la conclusion des contrats publics. Pour répondre à ce problème, Calvin HAMILTON suggère de faire appel à une institution supranationale compétente qui fournirait une interprétation cohérente de ces contrats aux parties et aiderait les gouvernements inexpérimentés dans leurs négociations avec les investisseurs.

Au regard des conflits qui ont été observés dans le secteur de l'énergie, les problématiques qui s'y élèvent sont nombreuses. La plupart des litiges régionaux étant *ad hoc* et différents en fonction des régions, il est difficile de se faire une idée générale des principaux défis que soulèvent ces conflits. Toutefois il est possible de dégager des tendances en observant les activités en fonction des régions. Ainsi, selon Calvin HAMILTON, la plupart des futurs conflits seront liés au secteur du pétrole et du gaz, aux accords d'exploitation conjointe, aux expropriations, aux retards dans des projets de constructions et aux contrats de prestations de services.

Pour finir, les intervenants semblent s'accorder sur le fait que les Etats devraient laisser au secteur privé un champ d'action plus large et leur donner plus de pouvoir économique dans le secteur énergétique. L'avenir se trouvera dans cette transition. Quant aux conflits, les intervenants semblent converger vers l'idée qu'il serait important de créer des outils efficaces dans la région des Caraïbes afin d'éviter des divergences entre les Etats et les investisseurs. Favoriser cette voie serait la meilleure solution, les conflits ne bénéficiant à aucune des parties.

LE CONTRÔLE DES SENTENCES ARBITRALES PAR LA CHAMBRE COMMERCIALE INTERNATIONALE DE LA COUR D'APPEL DE PARIS

Par Corentin Boyssou et Colombe Sée

Mercredi 30 mars 2022 s'est tenu un colloque organisé par Paris Place d'Arbitrage sur le thème du contrôle des sentences arbitrales par la Chambre commerciale internationale de la Cour d'appel de Paris (ci-après « CCIP-CA », ou « Chambre »). [Paris Place d'Arbitrage](#) est une association créée en mars 2009 par les principaux acteurs de la communauté de l'arbitrage avec pour objet de promouvoir Paris comme place majeure de l'arbitrage international.

Après un mot d'ouverture et d'accueil de [Gaëlle Le Quillec](#) (Eversheds Sutherland), Présidente nouvellement élue de Paris Place d'Arbitrage, le colloque fut inauguré par le Président de la Chambre, Monsieur [François Ancel](#), qui délivra un discours sur le rôle et l'activité de la CCIP-CA. Puis, les discussions furent divisées en trois panels, respectivement sur le contrôle de la compétence, de l'indépendance, et de la conformité de la sentence à l'ordre public, avant que [Carine Dupeyron](#) (Darrois Villey Maillot Brochier) ne close les débats.

Par son discours inaugural, le Président Ancel énonça que la Chambre est un fournisseur de service, mais également un fournisseur de valeurs. Cette « dualité des offices » peut conduire à un conflit des horizons. Pour relativiser ce constat, le Président Ancel prône la collaboration et la flexibilité de la Chambre pour un dialogue sur-mesure, avec les acteurs français de l'arbitrage mais aussi étranger, notamment à travers l'usage de son [protocole](#). Le Président Ancel rappela que le juge de l'annulation est le juge de la sentence et non le juge du fond. La Chambre adopte ainsi un style plus direct et ne s'interdit pas de se référer à la sentence, aux guides d'institutions d'arbitrage et aux décisions étrangères. Quant à la question de la porosité des cas d'annulation, le Président Ancel proposa l'instauration d'un principe *electa una via*.

Tout d'abord, le premier panel, constitué d'[Elizabeth Oger-Gross](#) (White & Case) et d'[Elena Sevilla Sánchez](#) (Andersen), discuta du thème du contrôle de la compétence du tribunal arbitral par la CCIP-CA. Les débats furent divisés en deux parties, la première concernant le contrôle de la compétence lorsqu'elle est fondée sur un traité bilatéral d'investissement (TBI) (1), et la seconde concernant la question de l'extension de la convention d'arbitrage (2).

1. Pour la première partie, Madame Elena Sevilla Sánchez articula sa réflexion autour de deux arrêts récents en matière de compétence fondée sur un TBI ([Lybie c/ Sté Cengiz](#), 25 mai 2021 ; et [Lybie c/ Sté Nurol](#), 28 septembre 2021). Après avoir rappelé les griefs soulevés dans chacun de ces arrêts, plusieurs enseignements en furent tirés. D'une part, les allégations de faits de corruption, qu'elles soient circonstanciées ou plus spécifiques, qui entacheraient l'investissement et partant, la compétence du tribunal arbitral, relèvent du fond du litige et ne peuvent être contrôlées sur le fondement de l'article 1520 1° du Code de procédure civile. D'autre part, l'offre permanente d'arbitrage contenue dans le TBI bénéficie d'une autonomie matérielle qui la rend indépendante de toute loi étatique ou du droit international coutumier. La compétence doit donc s'apprécier uniquement au regard de l'ensemble des dispositions du TBI. En outre, Madame Sevilla Sánchez déplora le manque d'éclaircissements sur la portée de l'arrêt [Schooner](#) (Cass, Civ. 1^{ère}, 2 décembre 2020) concernant l'invocation de nouveaux moyens sur la compétence devant le juge de l'annulation.

2. Pour la seconde partie, l'accent fût mis sur le contrôle de l'extension de la convention d'arbitrage. D'une part, Madame Elizabeth Oger-Gross rappela que le consentement peut être déduit de l'existence d'une « volonté commune » (CA Paris, [Dow Chemical](#), 21 octobre 1983), c'est-à-dire d'une situation subjective. Ce consentement est présumé dès lors qu'une partie a eu connaissance de l'existence et de la portée de la clause compromissoire (CA Paris, Pôle 1 - Ch. 1, [Koot Food](#), 23 juin 2020). Une interrogation demeure quant au degré de connaissance nécessaire pour retenir cette présomption. D'autre part, l'implication directe dans les négociations et l'exécution du contrat (situation objective) de même que l'intérêt aux bénéfices peuvent également justifier l'extension de la convention d'arbitrage ([République de Guinée c/ Sté Global Voice](#), 7 septembre 2021 ; et [DIPCO et KGL c/ Doussan](#), 23 novembre 2021).

Ensuite, le deuxième panel, constitué de [Philippe Pinsolle](#) (Quinn Emanuel) et du Professeur [Thomas Clay](#) (Clay Arbitration), discuta du thème du contrôle de l'indépendance du tribunal arbitral par la CCIP-CA. Les débats furent divisés en trois parties : la source du contrôle de l'indépendance (1), son objet (2), et les éléments exonérateurs de contrôle (3).

1. Concernant la source du contrôle, le Professeur Clay fit référence à un arrêt récent de la Chambre en la matière ([Sté Chantier Naval Couach](#), 22 février 2022) en déplorant des pérégrinations inquiétantes concernant les griefs présentés devant le juge de l'annulation, et proposa l'unique utilisation d'un grief spécial – selon le principe *electa una via* – celui de l'article 1520 2° du Code de procédure civile.

2. Concernant l'objet du contrôle, Monsieur Philippe Pinsolle et le Professeur Clay s'interrogèrent sur l'étendue de l'obligation d'information. La CCIP-CA adopte une approche casuistique au regard de considérations temporelles, selon l'arrêt *Volkswagen* (CA Paris, Pôle 1-Ch. 1, *Sté Saad c/ Sté Audi Volkswagen Middle East*, 27 mars 2018), et de considérations géographiques, selon les arrêts *Vitadel* (26 janvier 2021) et *Dommo* (25 février 2020). La notion de « fait notoire » et l'étendue du standard de « doute raisonnable dans l'esprit des parties » opèrent un changement de paradigme. Le Professeur Clay s'interrogea sur une possible réactivation du devoir de curiosité en cas d'éléments nouveaux.

3. Concernant les éléments exonérateurs de contrôle, le débat fut centré sur la valeur d'un accord procédural dispensant un arbitre de son obligation d'information ([Rio Tinto](#), 11 janvier 2022). Les panelistes rappelèrent également qu'il est nécessaire de dissocier la personne de l'arbitre de la structure dans laquelle il exerce.

Enfin, le troisième panel, constitué d'[Alexis Mourre](#) (MGC Arbitration) et d'[Ina Popova](#) (Debevoise & Plimpton), discuta du thème du contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international par la CCIP-CA. Les débats furent divisés en deux parties. La première partie concerna l'étendue du contrôle de la conformité à l'ordre public international (1), puis, à l'occasion de la seconde partie, les panelistes discutèrent de la question de la violation des sanctions économiques sous l'angle de l'ordre public international (2).

1. Concernant l'étendue du contrôle, Monsieur Alexis Mourre rappela le contrôle restreint de l'arrêt *Thalès* (CA Paris, 18 novembre 2004, n°2002/19606) qu'il jugea excessif, puis les étapes ayant abouti à l'arrêt [Belokon](#) (Cass, Civ. 1^{ère}, 23 mars 2022), confirmant le choix d'un contrôle plein (*de novo*), avant de comparer les approches française et anglaise à travers l'arrêt [Alstom](#) (EWHC 1584, 18 juin 2020). Les panelistes s'interrogèrent sur la possibilité d'opérer une modulation du contrôle fondée sur l'intensité de la violation de l'ordre public international.

2. Concernant les sanctions internationales, la Chambre opère une distinction entre sanctions unilatérales et sanctions Onusiennes et Européennes ([Sofregaz](#), 3 juin 2020), qui pour ces deux dernières, entre dans l'ordre public international français. La CCIP-CA prend également en compte un élément temporel ([A.D.-Trade](#), 13 avril 2021 ; et [YOGC](#), 5 octobre 2021). En somme, les panelistes s'interrogèrent sur les liens entre sanction unilatérale, extraterritorialité, et déni de justice.

Par son discours de clôture, Madame Carine Dupeyron s'interrogea notamment sur la compatibilité de la jurisprudence française en matière de renonciation et de notoriété avec l'arrêt [Beg S.p.A. c/ Italie](#) (CEDH, 20 mai 2021), ainsi que sur l'impact des sanctions internationales prononcées à l'encontre de la Fédération de Russie sur les sentences arbitrales à venir.

Note d'information : Les actes de ce colloque seront publiés prochainement aux [Cahiers de l'Arbitrage / The Paris Journal of International Arbitration](#) (Lextenso).



JEUDI

LES DÉFIS DU FINANCEMENT DES ARBITRAGES RELATIFS AUX TRAITÉS D'INVESTISSEMENT

Par Eden Chua et Yanina Vlasenko

Le jeudi 31 mars 2022, Fieldfisher Paris a organisé le séminaire "Les défis du financement des arbitrages relatifs aux traités d'investissement", dont la table ronde a été animée par Alexandra UNDERWOOD, associée du bureau de Fieldfisher à Londres. Les intervenants étaient Christopher BOGART, Chief Executive Officer de Burford Capital, Pelin BAYSAL, Associé fondateur de Baysal & Demir, et Sebastian NEAVE, Directeur des litiges chez GPW.

Les sujets abordés étaient les suivants :

- Comment donner à un tiers financeur l'assurance qu'une sentence sera exécutoire ;
- Les perspectives sur le financement par des tiers dans différentes juridictions et institutions arbitrales ;
- L'approche des institutions arbitrales pour ordonner aux parties de divulguer leurs accords de financement ; et
- Comment les tiers bailleurs de fonds gèrent les risques liés au financement des arbitrages de traités d'investissement.

Le panel a discuté de la manière dont une partie, cherchant à obtenir un financement, peut rassurer les financeurs potentiels sur le fait qu'une sentence sera exécutoire. Le panel a examiné la difficulté d'identifier les actifs au début d'un litige, qui peuvent ou non être disponibles pour l'exécution au moment où une sentence est rendue. Le panel s'est penché sur le fait qu'il faut en moyenne plus de quatre ans pour obtenir une sentence dans le cadre d'un arbitrage relatif à un traité d'investissement, sur les raisons pour lesquelles la procédure est devenue si longue et sur la pression financière qui en découle pour les demandeurs. Le panel a souligné l'importance de mettre à jour les recherches sur les actifs disponibles pour l'exécution au fur et à mesure qu'une affaire progresse et les outils juridiques disponibles pour convertir les actifs en espèces afin de payer le demandeur, le financeur et les coûts. M. NEAVE a insisté sur la nécessité pour les enquêteurs d'employer des stratégies concrètes et réalistes pour identifier les actifs à mettre en œuvre.

Le panel a discuté de l'avenir du financement par des tiers et du rôle qu'il doit jouer pour permettre aux demandeurs d'accéder à la justice, en particulier contre les États qui sont des transgresseurs récidivistes. Mme BAYSAL a fait remarquer que dans sa juridiction, les clients ont un bon accès au financement par des tiers et que, selon elle, ce système est là pour rester. Les requérants dont les actifs ont été expropriés, et qui peuvent même être insolvables de ce fait, sont confrontés à des difficultés particulières pour financer leurs propres affaires. La disponibilité de capitaux auprès de tiers bailleurs de fonds est un moyen pour les demandeurs impécunieux d'accéder à l'indemnisation à laquelle ils ont droit. Le panel a noté que les tiers bailleurs de fonds devront être convaincus qu'une éventuelle procédure d'insolvabilité n'affectera pas leur capacité à obtenir un retour sur leur investissement. Cependant, tous les demandeurs financés ne sont pas impécunieux, et M. BOGART a souligné que de nombreuses entreprises ne sont pas disposées à utiliser leur propre capital pour faire valoir leurs droits, préférant utiliser le capital dont elles disposent pour développer leur entreprise. Le panel a discuté des tentatives de certaines institutions arbitrales de limiter l'accès au financement par des tiers. M. BOGART a observé que la demande de capitaux tiers reste forte et que, comme l'eau, les capitaux vont là où il y a de la demande.

Le panel a exploré les différentes attitudes des institutions arbitrales vis-à-vis du financement par des tiers. Mme UNDERWOOD a évoqué les projets de propositions de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) sur la réglementation du financement par des tiers dans le règlement des différends entre investisseurs et États. En particulier, elle a noté que le groupe de travail de la CNUDCI a proposé une formulation standard pour une clause d'arbitrage de traité d'investissement qui vise à interdire les réclamations financées par des tiers. Le panel a ensuite exprimé son point de vue sur les propositions et a discuté de la question de savoir si une clause visant à limiter l'accès aux capitaux de tiers pouvait être efficace dans la pratique. Le panel a noté que les États ne sont pas tenus d'introduire ces modifications, les intervenants n'ayant pas connaissance d'États ayant introduit une telle

formulation à ce jour. Les propositions de la CNUDCI semblent découler de la crainte que le financement par des tiers n'augmente la probabilité de demandes frivoles. Le panel a noté que le modèle économique des tiers financeurs consiste à financer des demandes qu'ils considèrent comme susceptibles d'aboutir et qui représentent donc une bonne opportunité d'investissement pour leurs investisseurs. M. BOGART a fait remarquer qu'il serait absurde pour un tiers de financer une demande qu'il considère comme frivole et a souligné la diligence raisonnable approfondie effectuée par les bailleurs de fonds avant d'accepter de financer une affaire.

Le panel a examiné la question de savoir si le fait qu'une partie soit financée ou les termes de l'accord de financement doivent être divulgués dans les arbitrages de traités d'investissement. Le panel a discuté de la jurisprudence récente et des règles de diverses institutions arbitrales sur ce sujet. Le panel a débattu de la manière dont l'identité d'un bailleur de fonds pourrait être pertinente pour l'identification par le tribunal de tout conflit d'intérêts. M. BOGART a noté les difficultés pratiques auxquelles les arbitres seraient confrontés en essayant d'identifier les relations existantes entre un bailleur de fonds et son entreprise. Le panel a discuté de diverses préoccupations concernant la divulgation d'un accord de financement, qui peut contenir des informations privilégiées sur la stratégie, des informations commercialement confidentielles pour le demandeur ou le bailleur de fonds et, dans le cas d'accords de financement de portefeuille, des informations confidentielles pour d'autres arbitrages et d'autres parties. Dans l'ensemble, le panel a souligné que la jurisprudence s'oriente vers une divulgation minimale.

Ensuite, le panel a discuté de l'impact d'une ordonnance de cautionnement pour frais sur un accord de financement et de la probabilité qu'un demandeur financé soit condamné à payer une caution. M. BOGART a déclaré que les parties devraient envisager dès le départ la manière dont une telle ordonnance sera satisfaite car il s'agit d'un dispositif tactique couramment utilisé par les défendeurs. Si la partie financée a besoin d'un financement pour satisfaire à une telle ordonnance, cela aura un coût qui changera la proposition économique de l'affaire à la fois pour le demandeur et pour le bailleur de fonds. Les parties à l'accord de financement doivent donc se demander si elles souhaitent poursuivre à la lumière de ce changement économique.

Le panel a discuté de la variété des accords de financement sur le marché. Mme UNDERWOOD a mentionné que Fieldfisher peut fournir un financement pour des affaires d'une valeur comprise entre 5 et 20 millions de dollars en échange d'un pourcentage des dommages et intérêts en cas de succès. De nombreux bailleurs de fonds sur le marché ne seraient pas intéressés par le financement de réclamations de cette taille. Les cabinets d'avocats peuvent également proposer des accords d'honoraires conditionnels complets ou partiels pour partager le risque de la demande et de nombreux bailleurs de fonds recherchent des avocats qui partageront le risque de la demande.

Le panel a examiné les pièges courants dans l'estimation des coûts et des dommages dans l'arbitrage des traités d'investissement. M. BOGART a mentionné son expérience selon laquelle les coûts des experts sont souvent sous-estimés. En outre, il a noté que le montant des demandes de dommages-intérêts fondées sur un flux de trésorerie actualisé devrait être comparé aux coûts irrécupérables de l'investissement. Lorsque l'analyse DCF aboutit à une demande de dommages et intérêts dépassant largement les coûts irrécupérables, les bailleurs de fonds tiendront compte de la probabilité qu'un tribunal accorde les sommes réclamées.

Le panel a également discuté de l'importance pour les financeurs, les avocats et les enquêteurs de communiquer régulièrement entre eux au fur et à mesure de l'avancement du dossier.

ARBITRAGE ET ENERGIES RENOUVELABLES

Par Marilena Tsiantou et Aysha Saleh

Le 31 mars, dans le cadre de la Semaine de l'arbitrage de Paris 2022, Shaparak SALEH (associée du cabinet Three Crowns LLP) a invité Dr. Fabien ROQUES (Vice-Président et responsable de la pratique européenne de l'énergie chez Compass Lexecon), Marc PERESSE (directeur juridique du Offshore Wind chez EDF Renouvelables) et Kathryn KHAMSI (associée chez Three Crowns LLP) à présenter leurs points de vue sur les types de conflits qui peuvent survenir durant le déroulement de projets concernant des énergies renouvelables et le rôle de l'arbitrage dans la résolution de ces litiges, en particulier lorsque les projets comportent un élément transfrontalier.

Shaparak SALEH a introduit la discussion en notant que les énergies renouvelables sont un domaine représentant un intérêt croissant pour l'arbitrage, soulignant que la transition vers les énergies renouvelables n'est pas une préoccupation récente. Au contraire, la crise énergétique, l'augmentation du prix des énergies fossiles et les préoccupations relatives au changement climatique, existaient déjà avant la guerre en Ukraine. Cette crise a ainsi incité de nombreux gouvernements à accroître leurs ambitions en matière de développement des énergies renouvelables. Enfin, elle a brièvement mentionné les trois principaux thèmes qui allaient être abordés lors de la conférence, à savoir (i) le financement et la construction dans le secteur des énergies renouvelables, (ii) les accords d'achat et les fondamentaux économiques et (iii) la réglementation par les États.

Marc PERESSE a lancé la discussion en démontrant deux éléments cruciaux dans le financement et la construction dans le secteur des énergies renouvelables. Premièrement, l'arbitrage continuera à jouer un rôle de plus en plus important à l'avenir en raison des projets qui tendent à être plus complexes d'un point de vue technique, incluant des acteurs de diverses juridictions. Deuxièmement, en prenant un exemple tiré de son expertise dans la construction de projets éoliens offshore, il a évoqué les différentes interfaces avec lesquelles il faut composer lorsqu'il y a plusieurs contractants. Il a également souligné que le financement de projet représente une part importante du marché, ce qui signifie que le projet doit présenter un intérêt financier suffisant. La répartition des risques dans le contrat est un autre élément clé pour les prêteurs, qui de plus apprécient l'arbitrage.

Fabien ROQUES, a ajouté deux caractéristiques essentielles. Tout d'abord, il a évoqué que le secteur des énergies renouvelables est une industrie relativement jeune par rapport aux autres sources d'énergie, entraînant certaines conséquences pour le financement et la structure contractuelle. Deuxièmement, les énergies renouvelables utilisent des technologies qui ont en commun un coût qui est, d'une part, fixe et important en termes de CAPEX, et d'autre part, relativement faible en termes de coût d'exploitation, c'est-à-dire le coût qui sera encouru pendant la durée de vie du projet. Enfin, il a déclaré que le financement de projet est l'approche dominante dans l'industrie des énergies renouvelables.

De plus, Kathryn KHAMSI a souligné que ce qui distingue le domaine des énergies renouvelables des autres secteurs énergétiques est que les projets relatifs aux énergies renouvelables sont principalement des projets financés par des tiers. Ainsi, étant donné que le financement dépend d'autres contrats et vice versa, des litiges peuvent survenir concernant le financement et le moment où il doit être obtenu. Elle a donc souligné l'importance de l'attention portée à la rédaction du contrat, ainsi qu'aux conditions du contrat, qui pourraient aider la société présentant le projet à obtenir un financement par le biais i) de conditions préalables, ii) d'ajustements contractuels et iii) de la répartition des risques.

Marc PERESSE a souligné que l'un des effets que l'on peut observer dans les secteurs des énergies renouvelables qui bénéficient d'un financement de projet ou d'un financement de projet sans recours est celui des désaccords entre les parties. Il a expliqué que les contrats qui sont généralement négociés puis approuvés par les prêteurs avant d'obtenir le financement conduisent à des différends car "il est possible d'ajuster et de prendre en considération des événements qui se produisent pendant la phase de construction".

Fabien ROQUES a ajouté que, même si les projets d'énergies renouvelables présentent un fort effet de levier et que leur capacité à rembourser la dette est mise en cause, l'évolution du secteur bancaire au cours des vingt dernières années a permis le développement de structures de financement sophistiquées offrant une plus grande flexibilité, très utile pour ces projets.

Les panélistes ont été ensuite invités à donner leur avis sur les accords d'achat et les fondamentaux économiques, y compris ceux des accords d'achat d'électricité des entreprises. Marc PERESSE a alors indiqué qu'en raison de l'exposition grandissante, totale ou partielle, au marché, une façon d'atténuer ou de modifier les risques sur les projets en tant que maître d'ouvrage ou sponsor est de conclure des accords d'achat avec de grands acheteurs industriels. La difficulté vient du fait que les accords d'achat d'électricité des entreprises ont tendance à être limités dans le temps, à quelques années (six ou sept), et que ces contrats doivent tenir compte du fait qu'il pourrait y avoir des distributions sur le marché. Avec la crise actuelle, il ne fait aucun doute pour lui que cela devrait conduire à des procédures d'arbitrage.

Par ailleurs, Fabien ROQUES a souligné que dans le passé, les énergies renouvelables étaient plus coûteuses, les Etats devant fournir un soutien sous forme d'un rachat, garanti à un prix différent de celui du marché. Aujourd'hui, on s'éloigne des contrats soutenus par l'État pour se tourner vers une série de contrats privés avec toutefois une certaine implication de l'État, car les énergies renouvelables deviennent compétitives par rapport aux combustibles fossiles. En tant que tel, les contrats d'achat avec de grands acheteurs jouent un rôle croissant, ce qui limite le risque de contrepartie. Étant donné que les contrats d'achat d'énergie renouvelable sont souvent définis par rapport à un prix de marché, à savoir indexés et/ou assortis d'une série de clauses de réouverture, il semble y avoir un risque s'agissant des négociations contractuelles et d'éventuels litiges. En tant que tels, ces changements de prix sont en effet susceptibles de déclencher un besoin d'arbitrage.

Par la suite, Kathryn KHAMSI a expliqué quels principes régiront ces litiges à l'avenir. Selon elle, les deux points clés en matière d'arbitrage et de rédaction des contrats sont : a) quels sont les éléments déclencheurs des recours en vertu de ces clauses et b) quel est le recours. En expliquant cela, elle a considéré qu'un déclencheur avait plusieurs facettes. Il peut s'agir d'un changement dans la législation actuelle ou d'un changement substantiel, c'est-à-dire d'un changement de nature monétaire. Il peut s'agir des changements dans les lois, ayant donc des implications économiques, comme les lois environnementales.

Quant aux recours possibles, elle a déclaré que cela dépendait du type de contrat en jeu. Dans ce contexte, elle a proposé quelques points essentiels. Premièrement, puisque toutes les parties ont intérêt à ce qu'un contrat soit clair, celui-ci doit préciser les cas dans lesquels un changement de loi déclenche un recours, et quel est ce recours. Deuxièmement, dans certaines circonstances, il peut être nécessaire d'habiliter spécifiquement un tribunal arbitral à mettre en œuvre une mesure corrective, en particulier les clauses de renégociation combinées à certaines lois applicables. Troisièmement, si une partie est partie à plusieurs contrats, il faut s'assurer que les mesures correctives prévues dans un contrat sont équivalentes dans l'autre contrat.

La discussion s'est poursuivie en examinant la « réglementation par les États ». Marc PERESSE a partagé son point de vue en prenant l'exemple de l'Espagne, où il y a eu de nombreux cas d'arbitrage en réponse à un changement de tarifs par son gouvernement. Il a déclaré que l'évolution dans ce secteur va continuer de se développer avec l'accroissement des énergies renouvelables dans divers pays.

Fabien ROQUES a ensuite expliqué les types de modifications du cadre réglementaire qui peuvent affecter les acteurs du secteur des énergies renouvelables et conduire à des litiges. Selon lui, les modifications ne se limitent pas aux changements rétroactifs des mécanismes de soutien, et peuvent ainsi inclure une série d'autres changements affectant le cadre réglementaire plus large. S'agissant du rôle des experts en matière de réglementation ou d'économie, il ne se limite pas au quantum. Il est ainsi nécessaire d'établir d'une part la nature de la réglementation et d'autre part ce qui pourrait faire partie de l'interprétation, à savoir les attentes légitimes. Il a de plus indiqué qu'il existe différents types de

réglementations économiques. En ce sens, la réglementation *ex ante* et *ex post* sont des exemples d'approches fondamentalement différentes.

La réglementation *ex ante* consiste essentiellement à définir dès le départ la répartition des revenus et des risques, et les développeurs de projets risquent ici de ne pas être assez performants ou de l'être trop. La réglementation *ex post* consiste, en fonction des circonstances, en un accord entre l'État et les contreparties pour réexaminer périodiquement, sur la base d'une série de critères, les coûts encourus et réajuster la rémunération afin d'atteindre un niveau de rendement cible. Ces approches impliquent une répartition des risques fondamentalement différente : dans le cas d'une réglementation *ex ante*, on investit à ses propres risques, tandis que dans le cas d'une réglementation *ex post*, il est possible d'ajuster la rémunération *ex post* en fonction des performances réelles, mais en échange d'un rendement attendu plus faible.

Kathryn KHAMSI a poursuivi la discussion et a expliqué les leçons tirées de son implication dans l'arbitrage d'investissement et commercial, notamment en matière de restructuration des investissements. Elle a déclaré qu'avec la divergence des interprétations, un décret doit être lu attentivement, la rédaction doit être pertinente, et une veille réglementaire doit être entreprise pour bénéficier aux investisseurs.

En conclusion, Shaparak SALEH a noté que les projets d'énergie renouvelable nécessitent des investissements importants, qu'ils s'étendent sur plusieurs années, de la phase antérieure à la construction à la fin de la phase d'exploitation. Ces projets impliquent donc de multiples acteurs, ont une structure contractuelle complexe, peuvent subir les fluctuations du marché et se déroulent dans un cadre réglementaire changeant. Elle a noté qu'il ne faut pas s'étonner que les projets d'énergie renouvelable constituent ainsi un terrain fertile pour les litiges et l'arbitrage. Shaparak SALEH a ensuite cité Ernest Hemingway et a fait remarquer que « le monde est un endroit magnifique pour lequel il vaut la peine de se battre » Elle a clos la discussion en énonçant que les autres intervenants avaient montré qu'il existe des moyens d'éviter un litige, ou du moins des moyens de gérer efficacement les différends, grâce à une rédaction habile des contrats et à une gestion rigoureuse des documents relatifs au projet.

LA NOUVELLE VOIE : COMMENT CONSTRUIRE UNE CARRIÈRE RÉUSSIE EN ARBITRAGE INTERNATIONAL ?

Par Utkarsha Srivastava et Elisa-Marie Goubeau

À l'occasion de la sixième édition de la Paris Arbitration Week, le 31 mars 2022, Obeid & Partners et Delos Dispute Resolution ont co-organisé un séminaire intitulé « *The new norm: how to build a successful arbitration career?* ». La conférence était animée par Dr. Zeina OBEID (Partner chez Obeid & Partners), qui a réuni un panel composé d'éminents professionnels de l'arbitrage parmi lesquels :

- Florian GRISEL (Professeur Associé à l'Université d'Oxford).
- Hafez VIRJEE (Président et Co-fondateur de Delos Dispute Resolution).
- Amany CHAMIEH (Associée chez Darrois Villey Maillot Brochier).
- Sara KOLEITAT-ARANJO (Partenaire chez Al Tamini & Company).
- Stella LEPTOURGOU (Conseillère à la Chambre de commerce internationale, CCI).

Dans ses remarques introductives, Dr. Zeina OBEID a brièvement abordé le sujet du séminaire en évoquant le fait que la plupart des étudiants et jeunes professionnels s'interrogent sur l'existence de voies spécifiques menant à la profession d'arbitre ou d'avocat spécialisé en droit de l'arbitrage. Elle a également mentionné que des interrogations demeurent quant à la manière d'établir un profil attrayant, quant à la façon de surmonter les discriminations fondées sur le genre, et enfin quant aux différentes possibilités et moyens pour obtenir de nouvelles opportunités professionnelles.

La première partie du séminaire a porté sur l'importance d'une carrière académique pour se frayer un chemin dans le monde de l'arbitrage. La discussion a été ouverte par Dr. Florian GRISEL. Il a expliqué que s'il avait commencé sa carrière en tant qu'avocat au sein d'un cabinet d'arbitrage situé à Paris et Genève, il l'a cependant continuée en tant que Professeur Associé à l'Université d'Oxford. Dr. GRISEL a insisté sur l'importance d'accumuler des expériences variées dans différents cadres professionnels et nationaux. En guise d'illustration, il a souligné qu'il a personnellement bénéficié d'être inscrit aux barreaux de Paris et de New York. En outre, il a ajouté que, dans le domaine de l'arbitrage, le cumul de différences expériences académiques (enseignement, recherche, débats doctrinaux) et juridiques dans différents cabinets fut très avantageux. Aussi, il a souligné qu'en travaillant auprès d'arbitres, il était exposé aux coulisses des délibérations d'un tribunal arbitral.

En revenant sur la question de l'intérêt de poursuivre une carrière universitaire pour un arbitre, Dr. GRISEL a répondu qu'en analysant le profil des leaders de l'arbitrage international, il était possible de distinguer un élément en particulier : la majorité des praticiens stars de l'arbitrage ont tous une forte implication dans le milieu académique. Que ce soit l'obtention d'un poste permanent en université, ou la rédaction de manuels, voir la participation active à des conférences universitaires, ces activités semblent contribuer à la construction d'une carrière réussie.

La seconde partie de la conférence traitait de la construction d'une carrière réussie en tant que conseiller et arbitre. Dr. Zeina OBEID a demandé à Amany CHAMIEH ce qui l'avait amené à rejoindre les coulisses institutionnelles. Amany s'est livrée sur son parcours en expliquant qu'elle avait commencé à développer un intérêt pour la matière dans le cadre de ses études et qu'elle avait acquis sa première expérience professionnelle dans une boutique spécialisée dans l'arbitrage. Après cette expérience quelque peu intense, elle a choisi de rejoindre un cabinet d'avocats composé d'autres départements. Ce choix l'a aidé à développer de nouvelles perspectives et stratégies sur les litiges qu'elle traitait.

En répondant à la même question, Sara KOLEITAT-ARANJO a exposé son parcours qui l'a mené à l'arbitrage international. Elle a commencé par rappeler que chaque expérience importe. Pour illustrer son propos, elle a témoigné qu'elle avait commencé sa carrière juridique dans une équipe de fusions et acquisitions, expérimentant différents systèmes juridiques, s'efforçant de trouver des stratégies pour convaincre. Selon elle, tous les chemins peuvent mener à l'arbitrage et a tenu à préciser que pour réussir une carrière, la notion de réussite est propre à chacun.

Les panélistes ont ensuite abordé le thème de l'expérience acquise dans un cadre institutionnel. En partageant son parcours jusqu'à la CCI, Stella LEPTOURGOU a déclaré qu'après avoir passé le barreau de Paris, elle a entrepris une longue série de stages en cabinet. Elle a indiqué qu'initialement, elle n'avait jamais songé à faire carrière dans l'arbitrage. Bien que ce parcours n'était pas sans embûches Stella considère qu'il en valait amplement la peine parce que c'était une source d'enrichissement et lui a permis d'être impliquée dans de nombreux projets.

En offrant une vue d'ensemble du travail de la CCI, Stella LEPTOURGOU a d'abord élaboré sur la répartition des affaires entre différentes équipes représentant des zones géographiques qui sont chargées de « case management ». Chaque équipe compte environ une centaine d'affaires ou plus par an. Elles sont également chargées de veiller à la bonne application des règles de la CCI, des honoraires des arbitres et de l'examen des sentences arbitrales.

Stella LEPTOURGOU a expliqué que cette expérience globale était constructive et très utile. Elle estime qu'elle a le privilège non seulement d'avoir une vue d'ensemble des affaires dans le domaine de l'arbitrage, mais aussi d'acquérir des connaissances sur une région géographique en particulier et de devenir experte en la matière. Travailler en institution lui a donné une plus grande visibilité, ce qu'elle est en contact direct avec les arbitres et en ce qu'elle participe à divers événements et conférences.

Par la suite, répondant à une question sur l'existence de critères particuliers pour devenir conseiller, elle a précisé qu'il n'y avait pas de liste précise. Cependant, ce qui importe selon le cas d'espèce sera les capacités linguistiques, la connaissance approfondie de la loi applicable au litige ainsi qu'un bagage solide pour le domaine sur lequel la dispute portera.

Le séminaire s'intéressa ensuite au passage d'une carrière de conseiller à une carrière en institution. Hafez VIRJEE livra à l'audience son expérience, partageant qu'il y existe de nombreux défis auxquels les jeunes professionnels seront confrontés, tels que l'ennui, l'installation d'une routine ou encore l'anticipation future en réfléchissant aux prochaines étapes de sa carrière. À cet égard, il a suggéré de prendre du recul, de rechercher différentes expériences afin de poursuivre dans la voie de l'apprentissage et de s'efforcer de sortir de sa zone de confort. De plus, il a rappelé un autre défi auquel chaque praticien allait probablement se heurter : celui consistant à surmonter la difficulté de dire non lorsqu'on est confronté à une surcharge de travail. Ainsi, il a mis l'accent sur l'enjeu de trouver un équilibre pour être épanoui. Hafez VIRJEE a ensuite partagé les différentes initiatives entreprises à Delos en indiquant que l'Institut organisait régulièrement des événements, et créait du contenu accessible aux jeunes professionnels et aux étudiants.

Le dernier thème abordé par les panélistes concernait l'impact de la Covid-19 sur le développement des carrières en arbitrage. La plupart des intervenants se sont accordés à dire que la « défense à distance » s'était développée et continuerait à être utilisée, affirmant qu'il était essentiel de s'adapter aux nouvelles normes, au nouvel environnement en ligne et d'accepter cette nouvelle réalité. Dr. Florian GRISEL a néanmoins tenu à commenter que, même si certaines pratiques ont changé, certaines réalités demeurent. Il estime que les choses redeviennent plus ou moins rapidement à ce à quoi elles ressemblaient avant la pandémie.

LA NOUVELLE COURSE A L'ESPACE : RISQUES ET OPPORTUNITES

Par Estelle Boucly et Jannis Tiede

Le jeudi 31 mars 2022, Debevoise & Plimpton a organisé un webinaire intitulé « La nouvelle course à l'espace : risques et opportunités » dans le cadre du Paris Arbitration Week 2022. Catherine AMIRFAR, associée chez Debevoise & Plimpton et modératrice de l'événement, a présenté les quatre intervenants du panel :

- David BERTOLOTTI, directeur des affaires institutionnelles et internationales chez Eutelsat.
- Julien CANTEGREIL, PDG de SpaceAble.
- Chris KUNSTADTER, responsable mondial de l'espace chez AXA XL.
- Lynn ZOENEN, directrice d'Alpine Space Ventures.

Le séminaire a commencé par une brève présentation du sujet : la nouvelle course à l'espace du 21^e siècle se caractérise par la participation et le développement à grande échelle de sociétés commerciales privées plutôt que par l'action des États. Le paysage juridique régissant le comportement dans l'espace est constitué principalement de traités plus anciens, notamment le Traité sur l'espace extra-atmosphérique de 1967, la Convention sur la responsabilité de 1972 et le Traité sur la Lune de 1985. Ces traités ne proposent que des normes de base qui s'appliquent principalement aux actions des États dans l'espace et laissent donc des lacunes importantes dans la gouvernance des acteurs privés qui dominent la nouvelle course à l'espace.

Le panel a ensuite discuté du rôle de la réglementation nationale pour combler les lacunes laissées par le système réglementaire international, en soulignant le temps qu'il a fallu même aux nations spatiales pour adopter une législation nationale pour combler ces lacunes. La France, par exemple, n'a adopté qu'en 2008 une loi spatiale nationale pour traiter des activités spatiales des acteurs privés. Cette loi prévoit également un système de licence et d'enregistrement pour limiter la création de débris et assurer la durabilité. Ce cadre national, assorti d'obligations spécifiques, crée donc un "monde complètement différent" pour un opérateur privé de satellites par rapport aux obligations très générales créées pour les États par les traités.

Puis, le panel s'est penché sur le rôle du renforcement des connaissances pour la création de normes, tant au niveau national qu'international. Dans le cadre de la course à l'espace, la production traditionnelle de normes a changé. Aujourd'hui, les connaissances sont d'abord construites, pour ensuite évoluer vers des standards et, enfin, vers des normes. Au lieu d'une approche descendante, les réglementations sont élaborées sur la base des connaissances développées par les entreprises privées.

Partant de ce point, le panel a abordé le risque créé par la surréglementation qui étouffe l'innovation et l'investissement. Pour lutter contre ce phénomène, le panel a souligné la nécessité d'un échange entre le secteur privé et les États. Par exemple, au Luxembourg, le gouvernement et les agences ont travaillé avec les entreprises commerciales pour créer un cadre juridique national régissant l'activité privée dans l'espace, un cadre qui prend en compte de manière appropriée les contraintes et les défis du secteur privé - un facteur vital pour éviter la surréglementation.

Le panel a également évoqué le rôle des compagnies d'assurance en tant que quasi-régulateurs, en soulignant qu'elles pourraient faire davantage sur le plan politique pour établir un comportement responsable dans la communauté spatiale.

Délaissant le thème de la réglementation, le panel a par la suite décrit les nouvelles opportunités qui caractérisent la nouvelle course à l'espace. Les entreprises opérant dans l'espace reçoivent désormais moins de financement et de soutien de l'État, ce qui signifie que pour survivre leurs activités, elles doivent se concentrer sur l'efficacité et l'innovation. A titre d'exemple, les acteurs privés de l'espace utilisent de plus en plus de pièces légères, de production en série et se concentrent sur la réutilisation. Dans ce domaine, les start-ups jouent un rôle important : il existe une opportunité significative pour les start-ups agiles et rapides qui conduisent l'industrie à sa valeur prévue de 1,4 trillion de dollars

américains. L'espace devient également de plus en plus important pour répondre aux besoins des consommateurs. Par exemple, les entreprises qui se concentrent sur l'augmentation de l'utilisation des données et de la connectivité à large bande - des priorités croissantes tant au niveau économique que politique - auront un avenir particulièrement brillant.

Le panel a également discuté des nouveaux risques découlant d'une activité accrue dans l'espace. Plus important encore, alors que l'orbite terrestre basse est déjà encombrée, des milliers de satellites supplémentaires devraient être lancés dans les années à venir, faisant de la collision ou de la défaillance d'un satellite une possibilité réelle et catastrophique. Le risque est aussi bien financier que physique, d'autant que sur les 24 milliards de dollars d'actifs actuellement en orbite, seuls 5 % environ sont assurés, selon le panel. L'objectif que le secteur doit s'efforcer d'atteindre est donc un risque nul de collision ou de défaillance dans l'espace.

Un intervenant a suggéré trois étapes pour aborder et réduire le risque de collision tout en développant durablement l'utilisation commerciale de l'espace : premièrement, les acteurs de l'espace doivent constituer une réserve de données sur la position des objets spatiaux ; deuxièmement, ces données brutes doivent être rendues accessibles et utilisables ; troisièmement, les acteurs doivent élaborer des modèles commerciaux évolutifs capables d'évaluer et de gérer les risques calculés.

L'objectif de réduction des risques de collision est toutefois rendu de plus en plus difficile par le fait que l'activité militaire des États dans l'espace a contribué à la création intentionnelle de débris. Un nombre croissant de doctrines militaires reconnaissent l'espace comme un domaine opérationnel, et le rôle des opérateurs de satellites est de plus en plus double : les gouvernements ont commencé à se tourner vers le secteur privé pour obtenir des ressources supplémentaires afin de soutenir leurs opérations militaires. D'autres menaces, telles que le brouillage ou les cyberattaques, contribuent au risque de collision ou de défaillance et doivent être contrées en renforçant les cyberdéfenses des actifs en orbite et des segments terrestres susceptibles d'être attaqués en raison de leurs connexions à large bande.

Enfin, les panélistes ont esquissé l'avenir des litiges dans l'espace en ce qui concerne les défis de l'attribution de la responsabilité. Jusqu'à présent, il y a eu peu de cas d'arbitrage liés à l'espace. Son utilisation continuant à augmenter de manière exponentielle, il est probable que les litiges qui y sont liés le seront aussi. L'une des questions les plus intéressantes sera probablement l'attribution de la responsabilité en cas de collision, surtout lorsque les dommages sont causés par de petits débris difficiles à identifier et à rattacher à un acteur spécifique.

COMPARAISON DES METHODES D'ÉVALUATION DU PRÉJUDICE

Par Fayez Hallani

Dans le cadre de la 6ème édition de la Semaine de l'Arbitrage de Paris, le 31 mars 2022, la section Arbitrage & ADR de la Société de Législation Comparée (SLC) a organisé un séminaire intitulé « Comparaison des questions d'évaluation des dommages ». Le panel était modéré par Kate GONZALEZ (Senior Legal Counsel, Commercial Disputes, chez Airbus SAS), qui a été rejointe par d'éminents intervenants : Béatrice CASTELLANE (arbitre international, avocate française diplômée et présidente de la section Arbitrage & ADR de la Société de Législation Comparée), Juliette FORTIN (Senior Managing Director chez FTI Consulting), Tsegaye LAURENDEAU (associé chez Gaillard Banifatemi Shelbaya Disputes) et Catherine KESSEDJIAN (professeur émérite à l'Université Panthéon-Assas).

Le sujet fut introduit par Béatrice CASTELLANE, à savoir la comparaison des différentes méthodes utilisées par les experts, arbitres et conseils en matière d'arbitrage pour évaluer le préjudice subi par le contractant, à des fins d'indemnisation.

La première partie du séminaire était consacrée à la comparaison des différentes méthodes d'évaluation du préjudice utilisées afin d'atteindre l'indemnisation intégrale, celle-ci étant la norme universelle en matière d'indemnisation. A cet égard, Juliette FORTIN évoqua d'une part le cadre standard pour l'évaluation des dommages par un expert qui consiste à comparer la situation financière de la partie lésée, et d'autre part les considérations juridiques à prendre en compte comme l'établissement d'un lien de causalité entre le préjudice subi par la partie lésée et la violation du contrat (ou du traité).

En premier lieu, elle indiqua l'importance d'explorer les liens entre différentes actions ouvertes pour demander l'indemnisation et différentes approches utilisées pour déterminer le montant des indemnités à octroyer à la partie lésée.

Les deux actions ouvertes pour demander l'indemnisation sont l'action en réparation du gain manqué (plus fréquemment utilisée), qui vise à établir la situation dans laquelle la partie lésée se serait trouvée si la partie défaillante avait bien exécuté ses obligations, et l'action en réparation de pertes subies, qui vise à rétablir la situation dans laquelle la partie lésée se trouvait avant l'établissement de la relation contractuelle.

Quant aux différentes approches utilisées pour déterminer le montant des indemnités à octroyer à la partie lésée, il s'agit en premier lieu de l'approche prospective (*forward-looking*) qui détermine la valeur de l'entreprise en se basant sa performance prévue, et en second lieu de l'approche rétrograde (*backward-looking*), basée sur les coûts perdus dans l'investissement/l'entreprise.

Par suite, elle a remarqué que, contrairement à ce que l'on peut croire, les approches prospectives ne sont pas les seules approches possibles pour évaluer les dommages-intérêts en réparation du gain manqué et pour satisfaire à la norme de compensation intégrale. En effet, les approches prospectives peuvent être inappropriées pour l'évaluation des dommages dans certaines circonstances, les approches rétrospectives étant alors plus adaptées, et inversement.

Par réponse à la question relative à l'utilisation à la fois de l'approche prospective et rétrospective pour évaluer les gains manqués, Juliette FORTIN répondit en affirmant que si l'évaluation des dommages résultant de gains manqués à l'aide d'approches rétrospectives ne correspond pas toujours à la juste valeur marchande des dommages, ne compensant pas pleinement la partie lésée pour ses dommages ; les tribunaux peuvent également rejeter les approches prospectives pour des raisons d'incertitude, étant trop spéculatives.

Les deux approches peuvent ainsi garantir une indemnisation complète, le choix doit être fait en fonction de la situation et des circonstances de l'affaire. Le caractère approprié de chaque approche dépend en fait de la capacité du demandeur à démontrer que le contrat/l'investissement le surcompense pour le risque résiduel supporté à la date d'évaluation.

Au cours de la deuxième partie, Tsegaye LAURENDEAU a présenté le sujet du point de vue du conseiller juridique ainsi que du point de vue technique. Il a commencé par noter que les juristes ont permis que l'évaluation des dommages

devienne de plus en plus une question de faits et un domaine laissé aux experts, avec une implication limitée des juristes. Mais en réalité, une fois la responsabilité établie et avant de passer à l'évaluation de la valeur de ces dommages, de nombreux points doivent être considérés et prouvés, y compris l'existence d'une perte, le type de perte ainsi que les pertes récupérables, ce qui est le rôle du conseiller juridique.

Il a ensuite souligné que certaines variables peuvent affecter les dommages-intérêts accordés, comme le type d'arbitrage - fondé sur un contrat ou sur un traité - ou le système juridique sous lequel l'arbitrage se déroule (droit civil ou common law). Par conséquent, il est important de bien encadrer les dommages-intérêts qui seront réclamés.

M. LAURENDEAU a conclu en invoquant que le fait de ne pas traiter l'évaluation des dommages-intérêts différemment des questions relatives à la responsabilité contribuerait grandement à apaiser les craintes que l'arbitrage international facilite par l'octroi de dommages-intérêts disproportionnés. Il a également exprimé l'avis qu'il ne semble pas y avoir de justification convaincante pour l'introduction d'un élément de caractère raisonnable dans le processus d'évaluation des dommages, comme le proposent certains auteurs, en ce qui concerne les dommages correctement évalués.

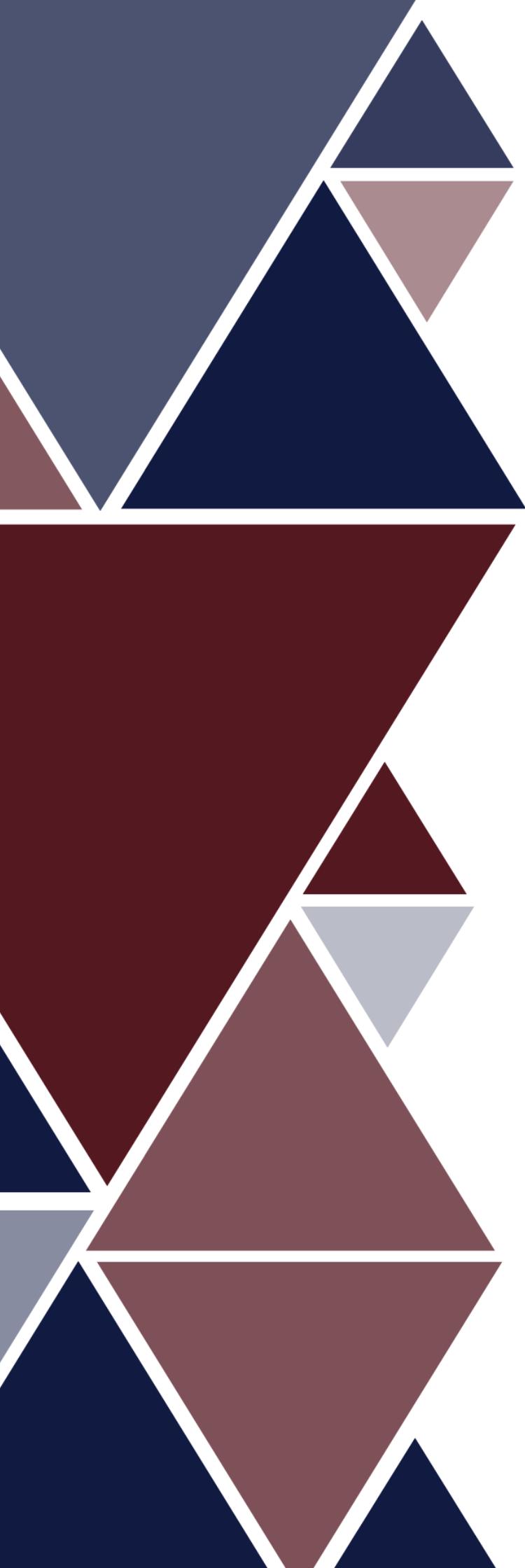
Dans la dernière partie du séminaire, Catherine KESSEDJIAN a discuté de l'attitude du tribunal arbitral envers les rapports d'experts. Elle a d'abord identifié la culture de chaque arbitre dont les parties, les conseils et les experts doivent tenir compte dans le rapport d'expertise. Cette culture peut avoir une influence assez importante sur la manière dont chaque arbitre va lire les rapports. De son point de vue, la tâche du tribunal de décider ce qu'est une compensation "juste" doit être facilitée par les rapports afin que le tribunal n'ait pas le seul choix d'approuver ou de désapprouver les estimations données par les experts. Afin de parvenir à un résultat équitable, un « dialogue d'évaluation » doit être mis en place.

Pour ce faire, tous les experts doivent recevoir le même mandat, même s'ils travaillent de manière séparée. Tout d'abord, il est supposé que les faits ont été établis dans la première phase de la procédure. Les parties ne doivent pas essayer de discuter à nouveau des faits via l'exercice d'évaluation. Deuxièmement, la responsabilité a été établie à la fin de la première phase (c'est l'avantage d'une bifurcation de la procédure) et les experts doivent avoir cela à l'esprit lorsqu'ils préparent leur rapport. Troisièmement, le tribunal et les parties/conseils vont travailler ensemble pour établir la liste des questions auxquelles les experts devront répondre. Parmi ces questions, pourrait être incluses des questions sur la culture des parties elles-mêmes en termes de gestion. Les chiffres ne donnent pas toujours une image complète de la situation. Face à une même situation, les entreprises peuvent agir différemment en fonction de leur évaluation des risques. C'est un facteur qui peut être important lorsqu'on examine les dommages réels et l'obligation d'atténuation du préjudice.

Elle a ensuite insisté sur la nécessité de prouver chaque centime réclamé de manière approfondie, notamment parce que, pour un arbitre, la tâche d'évaluation des dommages peut être la moins confortable. Il est donc nécessaire que les conseils, les experts et les parties soient aussi clairs, méthodiques et pédagogiques que possible.

Tout au long du séminaire, Kate GONZALEZ a partagé le point de vue de l'utilisateur de l'arbitrage, notant en particulier que de nombreuses entreprises veulent, et ont même besoin, que leurs experts soient réellement indépendants et présentent leurs rapports de manière objective et didactique, sans recourir à la conjecture, pour permettre aux utilisateurs de l'arbitrage de mieux comprendre leur position ainsi qu'un quelconque préjudice potentiel. Madame Gonzalez a indiqué que le rôle des experts est crucial et ne doit pas conduire les avocats à faire appel à des « hired guns » ou mercenaires, ce qui conduirait les parties à se retrancher derrière leurs positions en raison de débats académiques inutiles, et à ne pas être en mesure d'envisager un accord qui pourrait être dans le meilleur intérêt pour toutes les parties.

Madame GONZALEZ a conclu en rappelant aux participants que l'arbitrage doit rester piloté par les utilisateurs de l'arbitrage eux-mêmes, les parties évaluant constamment tout au long de l'arbitrage ce qu'elles veulent obtenir du litige, et travaillant de manière constructive avec le tribunal, en tenant soigneusement compte des différences culturelles entre les arbitres, les avocats et les parties à l'arbitrage, pour atteindre cet objectif.



VENDREDI

DELAIS DE FORCLUSION DANS LES CONTRATS DE CONSTRUCTION : DROIT CIVIL VS *COMMON LAW*

Par Seda Dundar et Arubalueze Elizabeth Ebelechukwu

A l'occasion de la Paris Arbitration Week 2022, l'AFDCI International Chapter (Association Française pour le Droit de la Construction et de l'Immobilier) a organisé le vendredi 1^{er} avril un séminaire animé par Peter ROSHER (Associé et Responsable mondial de l'arbitrage international chez Reed Smith LLP). L'objet de la discussion était les délais de forclusion dans les contrats de construction, par une comparaison entre l'approche adoptée dans les juridictions de droit civil et les juridictions de la *Common Law*.

Le panel était composé des intervenants suivants : James BREMEN (Associé et *Chair* de la pratique de construction et d'ingénierie chez Quinn Emanuel Urquhart & Sullivan), Anne-Sophie GOAPPER (Associée chez Aliénor Avocats), Douglas JONES AO (Juge au Tribunal de commerce international de Singapour) et Anne-Véronique SCHLAEPFER (Associée chez White & Case LLP).

Durant ce séminaire, les intervenants ont présenté les différentes approches adoptées dans plusieurs pays, notamment en Australie, en Angleterre, en France, en Suisse et aux Émirats Arabes Unis, concernant les prescriptions dans les contrats de construction.

Tout d'abord, Doug JONES a exposé l'approche du droit australien en la matière. Il a expliqué que la position australienne se recoupait avec le droit anglais car il existe une tendance à adopter le droit anglais en Australie. En droit australien, le délai légal de prescription est de six ans à partir de "la date de la violation". Concernant les délais de forclusion, la principale considération est de savoir s'il faut remplir une condition suspensive obligatoire à l'exercice de ce droit qui va de pair avec une obligation de notification. Dans certains cas, il n'y a pas d'obligation de notification. Par exemple, dans le cas d'une renonciation ou d'« estoppel », car l'une des parties est induite en erreur par la représentation et la disposition relative au délai de forclusion ne sera pas appliquée.

Ensuite, Anne-Sophie GOAPPER a présenté l'approche française quant aux délais de forclusion dans les contrats de construction. Elle a d'abord rappelé les principes fondateurs du droit français des contrats tels que la liberté contractuelle, la force obligatoire d'un contrat légalement formé, la bonne foi dans la négociation, la formation et l'exécution des contrats et le principe selon lequel le contrat doit être clair, non ambigu et non sujet à interprétation.

Pour les actions surgissant d'un contrat de construction, il existe une obligation de notifier le client avec une description des faits pertinents et des mesures envisagées, dès que possible mais dans les quatorze jours du début de l'événement donnant lieu à l'action.

En droit français, le délai général de prescription pour faire une réclamation ou invoquer un droit est de cinq ans « à compter du jour où la partie a connu ou aurait dû connaître les faits permettant l'exercice de son droit ». En ce qui concerne les garanties légales de construction, le droit français prévoit trois types de garanties différentes : d'un an - garantie de parfait achèvement qui s'étend aux réparations des défauts mineurs notifiés après la réception ; deux ans - garantie de bon fonctionnement liée aux autres éléments d'équipement d'un ouvrage ; et dix ans - garantie dite décennale, de responsabilité stricte.

Anne-Véronique SCHLAEPFER a discuté la position défendue en droit suisse. Elle a exposé trois questions principales concernant les délais de forclusion dans les contrats de construction, à savoir :

- 1) si le délai de forclusion est prévu par le droit suisse ;
- 2) si une disposition du contrat peut être interprétée comme créant un délai de prescription ;
- 3) s'il existe une condition suspensive qui doit être remplie par une partie pour exercer son droit.

En droit suisse, les délais de prescription renvoient à des règles de fond et non à des règles de procédure. Le Code suisse des obligations stipule que le délai de prescription pour intenter une action est de dix ans. Toutefois, pour les contrats de construction, les parties doivent intenter une action dans un délai de cinq ans.

Les parties peuvent modifier les délais de forclusion dans le contrat, cependant, il y a un débat depuis la dernière révision des règles car même si ces dernières prévoient que les délais de forclusion ne peuvent être modifiés, il y a une tendance à donner la liberté et l'autonomie aux parties pour adopter leur propre délai de forclusion. Lorsque le contrat est clair sur les délais de forclusion prévus, les marges d'interprétation pour le juge ou l'arbitre sont limitées voir inexistantes.

En dernier lieu, lorsqu'il existe une condition suspensive, la partie qui introduit la demande doit d'abord respecter la condition suspensive prévue par la loi ou le contrat. Le droit suisse prévoit une obligation de notifier le défaut. Si le défaut est évident, la partie doit le signaler immédiatement. Si le défaut n'est pas évident, la partie doit le signaler dès qu'elle le découvre. Si le contrat prévoit une condition suspensive, ce sont les termes du contrat qui prévalent.

Enfin, James BREMEN a exposé l'approche en droit anglais et la position adoptée aux Emirats Arabes Unis. Il a commencé par la question suivante: « Quel est le droit applicable en matière de délais de forclusion dans les contrats de construction ? » Et a répondu que la loi applicable était celle du contrat.

Il a également expliqué qu'il y a deux problèmes fondamentaux concernant les délais de forclusion, à savoir :

1. Les délais de forclusion contractuels - qui sont effectivement mis en place comme une obligation de notification et certaines conséquences suivront si cette notification n'est pas donnée ;
2. Les défenses communes aux délais de forclusion - par exemple, lorsqu'un contrat est rédigé de manière ambiguë, les tribunaux examineront la manière dont le contrat est exécuté et non ses termes, tout en écartant les dispositions ambiguës.

En droit anglais, le délai de prescription est de six ans. Comme Doug JONES l'a expliqué, la position anglaise est très similaire à la position australienne. En effet, une disposition de délai de forclusion sera maintenue tant qu'elle est claire, c'est-à-dire qu'il y a un langage clair et une conditionnalité. Dans la pratique, les tribunaux anglais appliquent la loi littéralement et sont réticents à faire prévaloir les dispositions concernant les délais de forclusion. En ce qui concerne les Emirats Arabes Unis, le code civil prévoit un délai de prescription de quinze ans.

Il a conclu sa présentation en donnant son avis sur le fait que le contrat devrait être appliqué selon ses termes, autrement cela finirait par apporter plus de difficultés.

L'ARBITRAGE EN MATIERE DE BLOCKCHAIN ET LA RESOLUTION DES CONFLITS EN RELATION AVEC LA CRYPTO-MONNAIE

Par Utkarsha Srivastava et Fayez Hallani

Dans le cadre de la 6^{ème} édition de Paris Arbitration Week, Brown Rudnick organisa, le 1er avril 2022, un séminaire sur « L'arbitrage en matière de blockchain et la résolution des conflits en relation avec la crypto-monnaie ».

La discussion fut dirigée par David WEINSTEIN de Brown Rudnick, en présence de plusieurs conférenciers distingués: Gerard COMIZIO (Professeur et Directeur adjoint du *Business Law Program* à l'*American University Washington College of Law*), Tonya EVANS (Professeure à l'Université de Pennsylvanie), Jessica LEE (Associée chargée du contentieux chez Brown Rudnick) et Clara KRIVVOY (Directrice du groupe spécialisé dans le commerce digital et du groupe s'occupant de la clientèle privée ibéro-américaine chez Brown Rudnick).

Le séminaire fut introduit par David WEINSTEIN, qui insista sur l'importance du sujet en question, surtout que nous assistons en ce moment à l'explosion des produits et services basés sur la blockchain et les crypto-monnaies, alors qu'une grosse majorité de juristes et praticiens ne comprennent pas cette technologie, ni dans ses aspects techniques ni dans ses aspects juridiques.

Durant la première partie de la discussion, la parole fut donnée au professeur Gerard COMIZIO, qui introduit le droit de la blockchain et des crypto-monnaies. Il définit tout d'abord la blockchain comme étant un registre public décentralisé et en ligne, contenant toutes les transactions passées sur des réseaux directs, sur lequel les participants peuvent authentifier ces transactions sans avoir recours à une autorité centrale de confirmation.

Ensuite, il insista sur le fait que cette technologie est une épée à double tranchant. D'une part, les crypto-monnaies offrent d'énormes possibilités concernant les systèmes de paiement, de la transmission de fonds, de la finance, tout en ayant le potentiel d'attirer les investisseurs et d'augmenter l'inclusion financière. D'autre part toutefois, une inquiétude majeure apparaît au sujet de la possibilité d'exploiter ces technologies dans des activités illégales (comme le trafic de stupéfiants et le paiement des rançons) et la possibilité de piratage des portefeuilles cryptologiques.

C'est pour cela que la réglementation de ces technologies, au départ mise à l'écart, fut mise en avant par les autorités nationales.

Le professeur Gerard COMIZIO ajouta que les Etats peuvent être classés en quatre catégories, selon l'ouverture de leurs systèmes juridiques aux crypto-monnaies. S'agissant de la première catégorie, certains Etats, comme la Chine, ont interdit radicalement leur usage. Un deuxième groupe a permis leur usage en les traitant comme des actifs capitalisés. Un troisième groupe les considère comme une monnaie juridiquement reconnue mais dont l'usage est optionnel. Enfin, la dernière catégorie a imposé l'usage obligatoire de la crypto-monnaie comme la seule et unique monnaie acceptée sur son territoire (comme Le Salvador).

Professeur COMIZIO conclut en mentionnant certains problèmes rencontrés au cours d'un arbitrage et en relation avec les crypto-monnaies, à savoir notamment les problèmes relatifs aux smart-contracts, le piratage des comptes crypto des usagers, ou encore la question de la nature juridique des cryptoactifs devant les tribunaux arbitraux.

Au cours de la deuxième partie, Professeure Tonya EVANS s'est intéressée sur la question du rôle des règles internationales dans les litiges commerciaux transnationaux basés sur la blockchain. Elle invita alors le public à une analyse des problèmes posés par ces litiges, pour ensuite présenter les solutions que la technologie peut apporter aux lacunes, surtout dans les litiges de moindre valeur, impliquant les petits commerçants. Elle développa alors sur les conflits émergeant de la multitude d'autorités de régulations et sur leur compétence en la matière. Elle étudia également les règles qui doivent gouverner le développement, l'impact et les effets de ces technologies transnationales, ainsi que les règles qui doivent être appliquées quand des marchés réglementés sont perturbés par de telles technologies.

Elle ajouta qu'une certaine autorégulation a heureusement commencé à voir le jour. Un remède à ces lacunes serait alors l'adoption de smart-contracts dont la programmation prend en compte toute situation envisageable (ce qui serait quasiment impossible vu la difficulté de la tâche, mais qui serait crucial dans la réduction des risques en la matière). Un autre remède serait la justice décentralisée se basant sur le recrutement des pairs sur une plateforme, elle-même basée sur la blockchain, assurant une solution rapide, plus juste et moins coûteuse pour de tels litiges.

Professor EVANS nota aussi qu'une réglementation uniforme serait l'idéal dans cette situation, afin d'éviter les conflits de compétence et les conflits de lois. D'où l'importance du rôle des institutions et organismes internationaux comme la Commission des Nations Unis pour le droit du commerce international (CNUDCI) qui avait présenté plusieurs lois types en la matière.

Elle conclut son discours en soutenant que des modes alternatifs de résolution des conflits basés sur la blockchain seraient la solution idéale pour remédier aux lacunes créées par les technologies actuelles et lois en vigueur.

La troisième partie du séminaire, présentée par la Professeure Jessica LEE, tourna autour de l'approche anglaise de la résolution des conflits en relation avec la blockchain et les crypto-monnaies. Elle commença tout d'abord par affirmer que le système juridique anglais et les cours anglaises sont en faveur de l'usage de ces technologies. Ceci va de pair avec les paroles de Sir Geoffrey VOS, dirigeant de la justice civile Anglaise, et incitant tout juriste à se familiariser avec la blockchain.

La *UK jurisdiction taskforce*, entité mise en place pour transformer les services judiciaires, a confirmé (dans sa publication du 28 avril 202) que les crypto-actifs doivent être considérés comme des biens du point de vue de la loi anglaise. Cette position a bien été consacrée par la justice anglaise, qui applique depuis un certain temps tout mécanisme juridique classique (comme les saisies et les injonctions) aux conflits ayant pour objets de tels actifs.

Cela indique alors la reconnaissance par les cours anglaises de leur compétence pour juger des affaires ayant pour objet des crypto-actifs, ou en relation avec la blockchain.

Durant la dernière partie du séminaire, Clara KRIVROY présenta son point de vue, explicitant les aspects réglementaires en relation avec la Blockchain. Elle indiqua alors les trois stades durant lesquels de telles plateformes peuvent entrer en contact avec l'arbitrage, à savoir : au cours de leur constitution, quand elles rencontrent des problèmes, ou quand certaines anciennes entreprises veulent mobiliser des services technologiques de la blockchain.

Elle mit également en avant la définition du smart-contract et les points litigieux en la matière.

LA PROPOSITION DE DIRECTIVE SUR LE DEVOIR DE VIGILANCE DES ENTREPRISES EN MATIÈRE DE DURABILITÉ : UN EVENTAIL DE LITIGES EN CONSTANTE EXPANSION ?

Par Anna Isernia Dahlgren et Yanina Vlasenko

Le dernier jour de la Paris Arbitration Week, Eliseo CASTINEIRA de Castineira Law a organisé un événement avec Noëlle LENOIR, conférencière renommée, pour aborder la nouvelle proposition de Directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité. Parmi les nombreuses fonctions qu'elle a occupées, Mme LENOIR a été la première femme et la plus jeune juge du Conseil constitutionnel français, la ministre française des affaires européennes, la présidente du groupe d'éthique de l'Union Européenne (UE) pour la science et les nouvelles technologies, la vice-présidente du comité national français de la Chambre de commerce internationale.

La présentation a porté sur l'origine de la proposition, son contenu et ses implications.

Genèse de la proposition

Mme LENOIR a précisé que le travail sur cette proposition a commencé en 2005, avec le lancement des Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme de 2011, ainsi qu'avec les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales. Si ces politiques considéraient les entreprises comme responsables des maillons de leur chaîne d'approvisionnement, elles n'étaient pas contraignantes. Cela a conduit l'UE à évoluer vers des dispositions plus contraignantes.

En outre, la tragédie de l'effondrement de l'usine Rana Plaza en 2013, dans le secteur de la confection au Bangladesh, dans laquelle 1100 personnes ont été tuées, a incité certains pays de l'UE à apporter des changements à leurs politiques en la matière. En 2017, la France a adopté la toute première loi sur le devoir de vigilance, obligeant les entreprises à s'assurer que leurs filiales et fournisseurs dans le monde respectent les droits humains et environnementaux. Vint ensuite le Green Deal de l'UE, qui imposait la neutralité carbone d'ici à 2050 par le biais de divers mécanismes réglementaires.

Le 23 février 2022, le département de Justice et des Consommateurs de la Commission européenne a publié la "Proposition de DIRECTIVE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937." La Proposition vise à favoriser un comportement durable et responsable des entreprises opérant dans l'Union européenne en mettant en œuvre le devoir de vigilance. Elle s'applique à l'ensemble des chaînes de valeurs mondiales et vise notamment à identifier, prévenir, atténuer et remédier aux impacts négatifs des activités des entreprises sur les droits de l'homme et l'environnement. Considérant que la directive, si elle parvient à sa forme finale, donnera probablement naissance à une pléthore de litiges relatifs à son champ d'application et à ses obligations. En conséquence, la communauté arbitrale devrait prêter attention à ce développement matériel à venir.

Le devoir de vigilance : à qui s'applique-t-il ?

Le devoir de diligence devient la norme pour évaluer les impacts négatifs potentiels sur les droits de l'homme et l'environnement. En vertu de la directive, les entreprises devront effectuer un contrôle préalable à toute activité, décision ou relation d'affaires tous les douze mois. Ce « devoir de vigilance » s'applique aux entreprises comptant plus de 500 employés et réalisant un chiffre d'affaires net mondial de plus de 150 millions d'euros - environ 13 000 entreprises de l'UE sont concernées.

La proposition vise en particulier trois secteurs : le textile/habillement, l'agriculture/l'alimentation et l'extraction de ressources minérales. Cette mesure donnerait un nouveau souffle de conformité aux sociétés et garantirait le respect par toutes les entités de la chaîne de valeur à des normes plus strictes en matière d'environnement et de droits de l'homme.

Les piliers de la proposition

Le premier pilier de la proposition garantit la transparence et la responsabilité. La proposition comprend des mesures que les entreprises doivent prendre pour lutter contre le changement climatique et les violations des droits de l'homme. Toutefois, les entreprises doivent indiquer comment ces mesures sont mises en œuvre et quels recours elles prévoient en cas de violation par leurs filiales/fournisseurs. L'écoblanchiment, pour sa part, engage la responsabilité pénale de l'entreprise.

Le deuxième pilier prévoit une responsabilité potentielle universelle d'une portée sans précédent. La proposition prévoit une responsabilité civile pour manquement au devoir de vigilance en cas de dommages causés par une filiale ou tout partenaire commercial direct ou indirect dans la chaîne de valeur. Il est important de noter que la proposition appliquait les lois du pays d'enregistrement et permettrait au pouvoir judiciaire de jouer un rôle étendu et sans précédent dans l'application de la proposition.

Le rôle de l'arbitrage

Devant l'augmentation attendue des litiges liés à la violation du devoir de vigilance, Mme LENOIR estime que l'arbitrage jouera un rôle prépondérant dans le sillage de la directive. En particulier, si les entreprises condamnées civilement se retournent contre leurs fournisseurs, ou si les fournisseurs contestent une rupture des relations commerciales, les clauses d'arbitrage pourraient fournir une voie de résolution des litiges loin des forums publics. De même, Mme LENOIR prévoit une augmentation de l'arbitrage post-fusions-acquisitions dans le cas où les entreprises acquises s'avèreraient non conformes en matière de droits de l'homme ou de protection de l'environnement dans leur chaîne de valeur.

Incertitude et distorsion potentielles

La proposition dépend de son incorporation dans le droit interne des États membres de l'UE. Le régime de responsabilité civile, en particulier, est quant à lui laissé à la discrétion des États membres. Mme LENOIR prévoit une application fragmentaire du régime de responsabilité civile et une distorsion du marché intérieur de l'UE. A cela s'ajoute un minimum d'insécurité juridique due à la présomption que les juges et les experts seront en mesure d'évaluer la stratégie climatique des entreprises en fonction de l'objection de trente ans de l'article 15 de l'Accord de Paris.

Mme LENOIR craint que l'extraterritorialité limitée soit susceptible de générer des distorsions de concurrence. En effet, l'harmonisation des devoirs des administrateurs est limitée aux sociétés de l'UE, et les sociétés des pays tiers auront donc des obligations plus restreintes. En outre, la Cour suprême des États-Unis a déjà fait savoir qu'elle n'accepterait pas la même voie que l'UE en ce qui concerne le devoir de vigilance.

Enfin, Mme LENOIR craint que l'accent mis sur la conformité des entreprises indique un affaiblissement de l'État-nation et de la géopolitique. Pourtant, elle reconnaît que la lutte contre le changement climatique nécessite un effort mondial, y compris de la part des entreprises.

Réflexions finales

La rédaction de la proposition a déjà été extrêmement controversée. Mme LENOIR s'attend à de nombreux débats politiques lors de sa finalisation, notamment du fait que plusieurs membres de l'UE ne sont pas encore satisfaits du projet, et en raison de la confrontation de l'UE à des préoccupations plus immédiates.

Quoi qu'il en soit, l'introduction de la proposition indique une prise de conscience du rôle de la société civile dans la lutte contre le changement climatique.